This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 729 968

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

MANUALE

DELLA

PROCEDURA CIVILE

Digitized by Google

PR

Digitized by Google

MANUALE

DELLA

PROCEDURA CIVILE

DI

LODOVICO MORTARA

Professore ordinario dell'Università di Pisa

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA

VOLUME I.

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

33 — Via Carlo Alberto — 33

1897

Digitized by Google

Diritti d'Autore riservati.

Digitized by Google

PREFAZIONE

ALLA PRIMA EDIZIONE

Da oltre vent'anni il codice del rito civile è quotidianamente sottoposto alle sapienti, sottili ed erudite analisi di commentatori, trattatisti, avvocati e magistrati insigni. E pur tuttavia non v'ha esempio di altra delle nostre leggi riguardo alla quale persistano divergenze d'interpretazione e d'applicazione così gravi e numerose. Questo stato di cose nuoce sommamente all'opera della giustizia, nè v'è bisogno di dimostrarlo. Dinanzi ad esso, l'utilità di un lavoro sintetico, compendioso, che dopo aver posti i principii generali, studi di ridurre ad unità *organica* ed *armonica* la legge processuale, esponendone con brevità e chiarezza i precetti e le ragioni, è forse maggiore di quel che a primo aspetto si presenti.

Questo lavoro ho appunto tentato; e nell'attendervi il mio pensiero fu rivolto ai giovani, ai quali vorrei offrirlo come un aiuto per avviarli allo studio del diritto giudiziario e come un mezzo per seguire e ricordare con maggiore efficacia gli insegnamenti che ricevono nella scuola.

Digitized by Google

Benchè i miei intendimenti siano modesti, essi mirano alla scienza e non al volgare empirismo. È per ciò che reputai conveniente dare a tutte le nozioni dottrinali uno sviluppo assai maggiore di quello riserbato alla sposizione delle regole del rito, alle quali i giovani si addestrano facilmente mercè la pratica quando nella scuola abbiano ricevuta una solida preparazione scientifica.

L'esegesi della legge è da me fatta secondo il metodo e le raccomandazioni del Laurent: mi guardo cioè, con ogni cura, dal sostituire alla volontà del legislatore (nei casi in cui può essere stabilita con sicurezza) l'idea dell'interprete, anche quando la seconda sia fuor di dubbio migliore della prima. Ma nella critica rivendico pienezza di libertà: anzi mi sembrò utile non meno che doveroso porre in rilievo i difetti più salienti della nostra legislazione, nelle generalità come nei particolari.

Ho tenuto conto delle legislazioni straniere più importanti e dei codici che già ebbero vigore in Italia. Delle opere dei nostri proceduristi e delle sentenze delle corti ho fatto tesoro; stimai necessario di usare estrema parsimonia nelle citazioni, in relazione alla natura ed allo scopo del libro.

Pisa, ottobre 1887.

Digitized by Google

LIBRO PRIMO

PRINCIPII GENERALI E COMPETENZA

TITOLO I.

PRINCIPII GENERALI

CAPO I.

La giustizia civile.

1. La giustizia, — *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, — è affermata nella *nozione del diritto (subbiettivo)*, sia questa, in senso lato, la nozione complessiva di tutti i diritti appartenenti ad un cittadino, o sia, in senso ristretto, quella specifica di singole categorie diritti individuali, d'ordine politico o civile.

Ma se conoscere il diritto è conoscere la giustizia, questa però discende dalla sfera delle astrazioni per concretarsi in una realità solo quando il diritto consegue il suo effetto; od in altri termini, quando al cittadino è guarentito il pieno godimento ed il libero esercizio di ciascuna sua facoltà personale riconosciuta dalla legge. Tale guarentigia è il prodotto di due specie di provvidenze: *a*) rimozione di ogni ostacolo allo spontaneo svolgimento ed all'attuazione del diritto; *b*) istituzione di mezzi che valgano a salvaguardarlo e ripristinarlo in qualunque evento di violazione.

2. A chi spetta di por mano alle menzionate provvidenze? Manifestamente esse sono un còmpito del potere sovrano dello stato. La protezione del diritto è infatti uno tra i supremi interessi generali e collettivi, alla custodia dei quali la sovranità viene costituita nel seno della società civile. E veramente, se il diritto ha per condizione di nascita la consociazione degli uomini, a sua volta la salvaguardia di

Digitized by Google

esso nelle relazioni fra i cittadini è elemento indispensabile perchè si mantenga e prosperi la civile consociazione.

3. Per intendere bene questo accenno, bisogna aver chiara in mente la distinzione fra il concetto della sovranità nel moderno reggimento rappresentativo fondato sul criterio della uguaglianza giuridica di tutti i cittadini e quello che ne fu professato in altri tempi e nel vigore di ordinamenti politici diversi.

Appartenesse ad un uomo, o ad una famiglia, o ad una casta, il potere sovrano non fu, prima del secolo nostro, altrimenti concepito se non come un privilegio personale di chi ne era investito; e le varie funzioni proprie della sovranità vennero apprezzate per conseguenza siccome attributi a codesto privilegio inerenti. Uno di tali attributi era appunto la giustizia; laonde, sia che il potere di amministrarla si facesse derivare da consecrazione divina, o fosse privilegio attribuito alla casta sacerdotale, ovvero al possesso territoriale, sempre in sostanza l'analisi severa delle condizioni della giustizia nelle varie epoche passate ci conduce a trovarne l'ultimo fondamento nel principio dell'autorità del sovrano o della classe dominante. Negli stati retti a monarchia assoluta, il sovrano è il supremo dispensatore della giustizia; o per dirlo più esattamente, *egli è la giustizia.* Giudice massimo ed onnipotente legislatore ad un tempo, egli delega ai magistrati che elegge quella parte che vuole della sua podestà; ma per quanto ampia, per quanto incondizionata, non vi ha delegazione che non debba alla fin fine essere subordinata al suo talento. E perciò ogni controversia, se pur decisa in conformità alle leggi, alla ragione, all'equità, può sempre dare occasione ad un reclamo presso il principe, il quale, superiore alle leggi, superiore a tutti i magistrati, è arbitro di risolverla in quel modo che gli piace.

Questo fu il carattere principale anche di ogni sistema giudiziario medievale, non escluso quello della chiesa romana. A siffatto ordinamento, aperto da ogni parte alla corruzione, non tardarono ad innestarsi due nuovi elementi pervertitori: la venalità della giustizia ed il mercimonio delle cariche giudiziarie. Onde i gradi di giurisdizione si moltiplicarono all'infinito; qualsivoglia lite la più semplice ebbe durata interminabile e richiese enormi dispendi, mentre quelle di qualche importanza si trasmettevano da generazione in generazione stremando i più cospicui patrimoni.

4. Quando nel mondo si fa strada il principio della uguaglianza giuridica degli uomini, si intravede, prima ancora di comprenderlo con esattezza, che la giustizia ha bisogno di una nuova base. Ed uno fra i primissimi atti della rivoluzione francese è precisamente la

Digitized by Google

demolizione di tutto l'antico edificio giudiziario. La sovranità non si considera più scesa dal cielo sul capo di un uomo, od in lui radicata colla proprietà del territorio nazionale. Essa diventa un istituto giuridico, e quindi essenzialmente un'astrazione; istituto organizzato e funzionante mercè il concorso e il riconoscimento dei cittadini, acciò che il governo delle mutue relazioni e dei collettivi interessi riceva quella direzione e quei freni che sono necessari per la coesistenza civile, al disopra di ogni arbitrio individuale. L'amministrazione della giustizia è quindi uno degli scopi ed insieme una delle ragioni di essere precipue della sovranità nello stato libero (sebbene in senso assai ampio ed elevato potrebbesi dire che la giustizia è il solo suo scopo e la sola sua ragione d'essere); e l'esercizio di essa subisce la più radicale e felice metamorfosi. Il cittadino non è più costretto a salire penosamente di grado in grado la infinita scala delle gerarchie giurisdizionali, sino al sommo imperante, per implorare da lui la parola definitiva che debba insindacabilmente essere ritenuta l'espressione della giustizia; ma nello stato si determina l'obbligo di organizzare un personale giudiziario circondato delle più alte guarentigie di senno, d'imparzialità, d'indipendenza, il quale si adoperi colla sola guida della legge alla ricerca obbiettiva della verità. Ed occorre inoltre di stabilire salde e chiare discipline e metodi certi di procedura per virtù dei quali a tutti i cittadini indistintamente sia dato di accedere con uguale facilità al magistrato; ed a ciascun litigante siano offerte e guarentite, nello sviluppo e nella dimostrazione della propria difesa, una libertà ed una sicurezza perfettamente eguali a quelle date al suo avversario; ed i mezzi di reclamo e i gradi di giurisdizione abbiano savia misura; per guisa che il discoprimento della verità sia l'obbiettivo unico, e nel tempo medesimo il risultato immancabile, della lotta che si impegna al cospetto del giudice.

5. È facile, anche per questi brevi tratti, di comprendere come alla scienza del diritto giudiziario civile furono dischiusi ed offerti nuovi e interessantissimi orizzonti. Nè può sembrare strano pertanto come le si siano imposti problemi assai gravi ed urgenti, la cui perfetta soluzione non poteva essere raggiunta d'un solo tratto. Fra essi noi segnaliamo in particolare quello dell'*ordinamento giudiziario* e quello del *procedimento civile;* dell'ultimo dobbiamo qui occuparci con riguardo allo stato attuale della legislazione italiana (1).

(1) È mestieri appena di ricordare come per analogia di circostanze e di motivi non sia minore la gravità dei problemi del *diritto giudiziario penale,* che formano materia di vive discussioni fra i cultori di quel ramo dello scibile giuridico.

Digitized by Google

Le cose dette mettono altresì in evidenza la natura delle questioni che si presenteranno al nostro studio. Il giudizio civile è una vera battaglia, nella quale è necessario trionfi non la forza o l'astuzia, ma la ragione. Ora non è bisogno di molta esperienza delle cose umane per sapere come questo intento così semplice, lodevole e desiderabile, non sia sempre il più facile a raggiungere; anzi non di rado esso sfugge con persistente ostinazione quanto più ansiosa ne è la ricerca.

CAPO II.

Notizie intorno al codice di procedura civile.

6. Il codice di procedura civile italiano fu promulgato nel 24 giugno 1865 ed entrò in vigore col 1° gennaio 1866. Alle provincie venete e di Mantova, che furono annesse al territorio nazionale nell'ottobre 1866 esso fu esteso con r. d. del 26 marzo 1871 e vi ebbe vigore dal 1° settembre dello stesso anno. A Roma e nel circostante territorio, unito all'Italia col plebiscito del 2 ottobre 1870, fu promulgato il 27 novembre dello stesso anno, ed ebbe esecuzione dal 1° aprile 1871.

7. Precedentemente, i vari governi in cui l'Italia era stata divisa avevano avuto ciascheduno una propria legislazione processuale. In Piemonte eransi da ultimo susseguiti a breve distanza i due codici del 1854 e del 1859 (1); in Lombardia e nel Veneto, sino dall'anno 1815 imperava il regolamento generale giudiziario austriaco; nel ducato di Modena, il codice estense del 1852; in quello di Parma, il codice di Maria Luigia del 6 giugno 1820; nel granducato di Toscana, il codice del 1814 e un altro particolare nel già ducato di Lucca; le provincie pontificie erano rette dal regolamento gregoriano del 1834, contenente colle leggi di procedura una parte delle civili; nel regno delle Due Sicilie aveva vigore il codice del 1819, la parte terza del quale era costituita dalle *leggi della procedura nei giudizi civili*. Il regolamento austriaco e il gregoriano, ed in parte i codici di Modena e di Toscana ebbero caratteri propri e particolari. Gli altri, quale più, quale meno, e quale completamente, furono calcati sul modello del codice di procedura civile francese. Il nostro legislatore prese per norma il codice sardo del 1859, di cui in

(1) Il codice sardo del 1859 fu esteso nel 1861 alle Marche ed all'Umbria e per la parte contenziosa anche alle provincie modenesi e parmensi.

Digitized by Google

generale adottò l'economia e le partizioni, correggendone i maggiori difetti e migliorandone varie disposizioni secondo il dettame della esperienza, giovandosi altresì a quest'uopo dei suggerimenti che porgevano le altre legislazioni processuali cui la nuova doveva sostituirsi.

8. Quantunque redatto parecchi anni dopo la costituzione del regno d'Italia, il codice di procedura non fu elaborato coll'ordinario metodo di discussione e votazione in parlamento. Questa sorte esso ebbe comune con tutti i codici venuti in luce in Italia, compresi quello di commercio del 1882 e quello penale del 1889. Pare comprovato dall'esperienza, che le numerose assemblee legislative non abbiano nè competenza nè possibilità di attendere proficuamente a siffatti lavori, cui esse perciò sono costrette a dare il semplice contributo di concetti fondamentali deliberati preliminarmente per norma dei compilatori, e talvolta di revisioni generali posteriori alla redazione. La storia della sua preparazione è la seguente. Nel 1863, essendo ministro di grazia e giustizia il Pisanelli ed avvisando egli che a coronare l'unità nazionale fosse urgente la unificazione legislativa, presentava nel 15 luglio al senato un progetto di codice civile e nel 26 novembre quello del primo libro del codice di procedura, accompagnato da una relazione tuttodì molto apprezzata dagli interpreti. In seno ad entrambe le camere ebbero luogo memorabili discussioni; esse furono chiuse coll'approvazione della legge 2 aprile 1865, la quale nel dare facoltà al governo di pubblicare il codice civile, quello di commercio, quello di procedura civile, quello della marina mercantile, ed alcune altre leggi complementari, compresa quella sull'ordinamento giudiziario, lo autorizzava insieme a provvedere alla migliore redazione dei detti codici in conformità ai principii di massima dal parlamento adottati. Fu quindi eletta, per decreto dello stesso 2 aprile 1865 una commissione di ragguardevoli giuristi, costituita di quarantasei commissari assistiti da dieci segretari, poi aumentati a quindici con altro decreto 6 aprile. La commissione si divise in cinque commissioni speciali e quella pel codice di procedura fu composta dei commissari Arnulfo, Astengo, Castelli Edoardo, Castelli Luigi, Crispi, Galvagno, Piroli, Restelli, Romano, Viscardi e dei segretari Gerra, Realis e Cattaneo. Compiutone il lavoro, il testo del codice veniva sottoposto alla reale sanzione dal ministro Vacca nel 25 giugno 1865 e con decreto del medesimo giorno fu pubblicato.

9. Alcune modificazioni e aggiunte al codice di procedura sono state posteriormente arrecate in principalità dagli atti legislativi qui appresso menzionati, dei quali più innanzi faremo miglior richiamo, mano mano se ne presenterà il bisogno:

Digitized by Google

legge 23 novembre 1875, sulle attribuzioni del pubblico ministero nelle cause civili;

legge 12 dicembre 1875, per l'istituzione della corte di cassazione in Roma, e successiva legge 6 dicembre 1888 che unificò la corte di cassazione penale;

decreto 16 gennaio 1876, per l'istituzione delle avvocature erariali;

legge 30 giugno 1876, sul giuramento;

legge stessa data, sulla pubblicazione degli annunzi legali;

legge 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzioni;

legge 6 dicembre 1877, sull'arresto per debiti;

legge 9 dicembre 1877, sulla testimonianza delle donne;

legge 11 gennaio 1880 e suo regolamento 13 maggio 1880, relativa ad alcune modalità del procedimento innanzi ai pretori;

codice di commercio del 1882, col suo regolamento approvato mediante r. d. 27 dicembre 1882;

legge 25 gennaio 1888, che abolì i tribunali di commercio;

leggi sui conciliatori, 16 giugno 1892 e 28 luglio 1895;

legge sui probi viri, 15 giugno 1893;

legge 24 dicembre 1896, sulla licenza per rilascio di beni immobili.

10. Il codice medesimo fu poi completato mercè le disposizioni legislative seguenti, che avremo pur mestieri di venire più volte ricordando:

regolamento generale giudiziario, approvato con r. d. 14 dicembre 1865;

legge 20 marzo 1865, allegato *E*, sul contenzioso amministrativo;

legge sul credito fondiario, testo unico approvato con r. d. del 22 febbraio 1885, in quanto concerne l'esecuzione forzata sui beni immobili;

legge sul debito pubblico 11 agosto 1870 e suo regolamento 8 ottobre stesso anno, per l'espropriazione di rendite pubbliche;

legge 20 aprile 1871 sulle imposte dirette, per le esecuzioni fiscali mobiliari ed immobiliari; e sue modificazioni del 2 aprile 1882 e del 14 aprile 1892;

leggi sulla giustizia amministrativa (cioè quella sul consiglio di stato 2 giugno 1889 e quella sulla giustizia amministrativa 1° maggio 1890);

tariffa degli atti giudiziari in materia civile.

11. L'economia del nostro codice è a un dipresso conforme a quella degli altri di tipo francese che lo hanno preceduto. Esso

Digitized by Google

comincia con un *titolo preliminare* composto di 34 articoli e diviso in due capi. Nel primo, che consta di sette articoli, si contengono le disposizioni relative alla *conciliazione* ossia al modo nel quale, presentandosi od essendo prevedibile una controversia, può esserne tentato il componimento con l'interposizione autorevole del giudice conciliatore. Il secondo capo ha per oggetto, giusta la sua intestazione, il *compromesso*, o più esattamente il giudizio arbitramentale, quello cioè che per concorde determinazione dei contendenti è deferito a giudici privati di loro libera scelta anzichè ai magistrati ordinari competenti.

Le due materie della conciliazione e del compromesso non hanno veramente tra loro molta affinità: poichè se la prima tende a prevenire od a sopire i litigi, il secondo non ha per effetto che di mutare la qualità del giudice, pur lasciando intatta la sussistenza della lite. Onde la costituzione di questo titolo preliminare non è abbastanza giustificata: e più a ragione il codice francese ed altri rimandarono all'ultimo le discipline relative al *compromesso*, come quelle che riguardano una forma di giudizio eccezionale. E questo metodo noi seguiremo, come più razionale. Quanto alla *conciliazione* è più spediente farne discorso dove si tratta delle altre attribuzioni del giudice conciliatore, il quale, come vedremo, oltre la funzione di universale paciere, possiede pure giurisdizione piena per decidere liti di minimo valore.

Al *titolo preliminare* fanno seguito tre *libri*, il primo dei quali sotto la rubrica: *Dell'ordine e della forma dei giudizi*, contiene tutte le regole concernenti il modo di procedere innanzi le diverse autorità giudiziarie, per spiegare e giustificare una domanda e per difendersi da essa, per fornire le prove delle rispettive azioni ed eccezioni, per la pronuncia delle sentenze, per l'esercizio dei reclami contro le medesime permessi a norma dei casi. Compiuto il giudizio, ottenuta la sentenza, esauriti i mezzi d'impugnazione e divenuta essa definitiva, l'obbligazione che vi è consecrata rimarrebbe lettera morta se non fosse possibile costringere il debitore ad adempierla, portando all'uopo la mano sovra i di lui beni. Indi la necessità di regolare l'*esecuzione forzata* sovra i beni, ed in casi ora affatto eccezionali anche contro la persona; del che si occupa il libro secondo. Siccome poi l'autorità giudiziaria ha non poche attribuzioni, le quali od escono affatto dal campo del contenzioso ordinario (giurisdizione volontaria), ovvero pur avendo col medesimo sostanziale attinenza si svolgono per loro indole e per lo scopo loro mediante atti che si allontanano dalle forme comuni del procedimento, così il legislatore ha trovato opportuno di raccogliere nel terzo libro, intitolato: *Dei vari procedimenti speciali*, tutte

Digitized by Google

codeste materie, le quali per altro riescono necessariamente fra loro abbastanza disparate, e presentano ragioni di connessione piuttosto per gruppi che nel complesso del libro.

Ogni singolo libro si divide poi in titoli, capi, sezioni e paragrafi, a norma che lo esige la materia contenutavi. In totale gli articoli del codice sono 950.

Nella nostra trattazione seguiremo in generale l'ordine del codice, discostandocene però alquanto in omaggio a motivi ai quali alludono le incidentali osservazioni che venimmo dichiarando, e che possono riassumersi nel desiderio di dare alla materia una distribuzione logica e sistematica.

CAPO III.

Azioni ed eccezioni. — I fattori del giudizio civile e la giurisdizione.

12. La difesa dei diritti subbiettivi, contro violazioni di qualsivoglia natura, abbiamo detto (nn. 3, 4) essere uffizio della sovranità. A questa nozione seguono due corollari la cui esattezza si manifesta intuitivamente:

a) la persona, fisica o giuridica, che ha sofferto, od opina d'aver sofferto, la offesa di alcun suo diritto, per fatto positivo o negativo imputabile ad altra persona, ha facoltà di domandare agli organi competenti del potere pubblico che costringano l'offensore a prestarne la reintegrazione o riparazione:

b) la persona alla quale viene imputato da altra un qualunque fatto violatore del proprio diritto, ha diritto a sua volta che nessun mezzo coercitivo sia adoperato per costringerla alla riparazione o reintegrazione, se non previo intervento e ordine degli organi di potere pubblico ai quali spetta la funzione giurisdizionale.

Pertanto, l'azione (*actio*), il diritto cioè di provocare l'esercizio dell'autorità giurisdizionale dello stato contro le violazioni che stimiamo patite da un nostro diritto subbiettivo presenta, in un senso generale ed ampio, il carattere di un rapporto di diritto pubblico che si svolge fra tre soggetti: la persona che si duole d'una menomazione delle proprie facoltà giuridiche; la persona contro cui siffatta doglianza è formolata; l'autorità pubblica (magistrato), rappresentante lo stato, a cui appartiene di pronunziare e provvedere.

Appena è uopo far considerare che l'affermazione dell'offesa patita da un diritto può corrispondere o non corrispondere alla verità: essendo possibile che lo stesso diritto di cui l'offesa è lamentata non

Digitized by Google

esista; ovvero, che esista ma non sia stato effettivamente offeso. Il risultato finale dell'azione potrà dunque consistere in un provvedimento del magistrato che pronunzi l'accoglimento della domanda o la sua reiezione; che tuteli, cioè, il diritto dell'attore, offeso dal fatto del convenuto anteriore al giudizio, ovvero il diritto del convenuto, offeso dal fatto stesso della indebita proposizione del giudizio per parte dell'attore.

Elementi obbiettivi dell'azione, considerata, come ora dicemmo, quale rapporto di diritto pubblico, sono: la *domanda giudiziale*, la *difesa* contro di questa, la *sentenza* e gli altri atti della funzione giurisdizionale necessari al conseguimento dei di lei fini. L'azione, in senso lato, è adunque tutto il giudizio; e considerata rispetto a colui che se ne fa iniziatore non ricerca in lui il possesso reale ed inoppugnabile di un diritto da altri offeso, ma bensì semplicemente l'opinione di possedere il diritto, quella di averne patito un'offesa e la volontà di ottenerne riparazione.

Il nome di *azione* si suole usare anche in un senso più ristretto, per indicare semplicemente la facoltà di proporre la domanda giudiziale cioè il diritto pubblico subbiettivo dell'attore; mentre il nome di eccezione è applicato a dinotare la facoltà di difendersi contro tale domanda, vale a dire l'analogo diritto del convenuto. In questo aspetto più ristretto, si adatta al concetto dell'azione la definizione del diritto romano (L. 51, Dig., 44, 7; pr. Inst., 4, 6): *ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*. Tale definizione benissimo considera il diritto di azione come una entità giuridica distinta dal diritto che dell'azione forma oggetto; poichè, lo ripetiamo, ben può darsi che non esista il *quod sibi debetur*, ma si abbia soltanto l'opinione della sua esistenza; nondimeno, essendovi in questa opinione un elemento bastevole a provocare contrasto tra le volontà e le attività di due soggetti giuridici, lo *ius persequendi in iudicio* vi trova una base sufficiente.

La definizione classica ora rammentata, relativa al significato ristretto dell'azione, ci sembra più corretta di quella che la considera come « l'aspetto particolare che assume un diritto in conseguenza di una lesione » (Savigny); qui ci sembra che si celi inavvertito un equivoco, in quanto vi sta implicito il pensiero che l'esercizio dell'azione si fondi indefettibilmente sopra l'esistenza reale di un diritto e sopra il fatto certo della sua violazione. D'altronde, partendo da questo concetto, non è agevole spiegare la esistenza di diritti sforniti di azione, se questa non è nulla di distinto dal diritto, ma soltanto una sua forma di attività, una sua fase di vita, iniziata dal fatto di una lesione.

Digitized by Google

Certamente chi possiede un diritto ha la facoltà del ricorso al magistrato nei casi di violazione. E poichè questi possono raffigurarsi molteplici e varii, anche rispetto ad un medesimo diritto, così la consueta formola che insegna *ad ogni diritto corrispondere l'azione che lo difende*, è inesatta: meglio si deve dire che *ad ogni violazione di un diritto corrisponde l'azione per farlo reintegrare.*

Nondimeno, è utile insistere sulla distinzione logica fra l'azione e il diritto che ne è oggetto. E in questo proposito sarà opportuno riflettere che sebbene, in astratto, uffizio della giurisdizione apparisca essere quello di applicare la legge e quindi, in modo esclusivo, di *riconoscere diritti preesistenti* alla domanda giudiziale, tuttavia questo non sia il reale e costante risultato del suo funzionamento. Se basta la pretensione di un diritto per avere facoltà di provocare la funzione del magistrato, di leggieri si comprende come possa accadere che la sentenza proclami e riconosca un diritto che prima in verità non esisteva; mentre non è da escludere il dubbio che talvolta per difetto di prove, o per altre cagioni, un diritto vero ed indiscutibile sia misconosciuto e soppresso. Per analoghe ragioni, e per altre, può avvenire che a un diritto sia conferita dalla sentenza del giudice una sfera più ampia o più angusta di quella che gli apparterrebbe. E per quanto una necessità sociale indeclinabile abbia suggerito di presumere sempre conformi al diritto obbiettivo le decisioni dei magistrati (istituto della regiudicata), non per questo l'analisi dei fatti sociali può lasciare nell'ombra la grande differenza che passa tra il possesso effettivo di un diritto e quello della facoltà di spiegare una domanda giudiziale.

Aggiungasi, infine, che nella fase del procedimento esecutivo la formazione di nuovi rapporti giuridici mediante lo sviluppo dell'azione e per l'opera della funzione giurisdizionale è conseguenza necessaria dello scopo medesimo della procedura; per guisa che un proprietario cessa di essere tale, e altri subentra in siffatta qualità prima non posseduta; sciolgonsi e modificansi relazioni di debito e credito, diritti reali, ecc., come sarà chiarito a luogo opportuno trattando delle espropriazioni.

Tutte queste considerazioni persuadono che l'azione giudiziaria civile, nel senso più lato o in quello più ristretto della parola, non è il prodotto necessario di un diritto subbiettivo preesistente, ma bensì del contrasto che in ordine alla esistenza o alla violazione di un diritto, o a questi due punti insieme, nasca fra le opinioni e le volontà di due persone soggette all'autorità dello stato; contrasto che costituisce, o può costituire, un turbamento nell'ordine giuridico privato, ad

Digitized by Google

eliminare il quale, e a tutelare la pacifica convivenza civile, è diretto l'esercizio della funzione giurisdizionale (1).

Avendo riconosciuto nell'azione gli elementi di un rapporto di diritto pubblico, dovremmo ritenere che per regola questo rapporto non si possa stabilire se non fra due persone appartenenti alla medesima società politica. Infatti, nella storia del diritto giudiziario trovasi per molto tempo dominante il principio della esclusione normale degli stranieri dall'esercizio attivo e passivo delle azioni, ammettendoveli solo eccezionalmente, e a determinate condizioni. Nel sistema legislativo nostro vigente, una disposizione generale del codice civile (art. 3) riconosce agli stranieri la facoltà di agire innanzi alle autorità giudiziarie nazionali per difendere i propri diritti civili; e altre disposizioni speciali del codice di procedura (art. 105 a 107), che esamineremo più oltre, consentono in certi casi l'esercizio di azioni civili contro stranieri. Queste regole, le quali ammettono stranieri a esercitare diritti pubblici subbiettivi, sono determinate da una necessità della vita sociale, poichè le relazioni giuridiche in questa svolgentisi vanno progressivamente oltre i confini del territorio di uno stato e non potevano essere convenientemente lasciate prive della guarentigia giurisdizionale.

13. Se l'azione, in senso stretto, è la pretesa della reintegrazione di un diritto del quale lamentasi la violazione, è chiaro che l'esercizio di una azione deve avere perfetta correlazione con la materia del diritto il quale ne costituisce l'oggetto. Da ciò due distinte conseguenze. In primo luogo, un'azione (domanda giudiziale) non può essere concepita se non abbia per suo oggetto un diritto dalle leggi dello stato riconosciuto come tale; dove non è ammesso dalle leggi un diritto subbiettivo, ivi non è ammissibile alcuna azione. Nel diritto moderno, regolato l'ordine giuridico privato mediante le codificazioni e assicurata alle persone sottoposte alle leggi civili la comune guarentigia dell'uguaglianza davanti a queste, non è necessario che la facoltà di far valere e difendere un diritto con appropriate azioni giudiziarie sia in ogni singolo caso dichiarata e conceduta dai pubblici poteri. Al contrario, è regola generale che si possa proporre ai magistrati qualunque sorta di domanda attinente alla conservazione dell'ordine giuridico privato; salvo che, per taluni obbietti determinati, la legge formalmente interdica di elevare pretese

(1) Quanto è esposto qui sopra modifica in parte il concetto dell'azione civile accolto nella prima edizione. Questa modificazione fu già dall'autore accennata nei suoi *Principii di procedura civile* (Firenze, Barbéra, 3ª edizione, 1895), n. 24.

Digitized by Google

giudiziarie, neghi cioè l'intervento della podestà giurisdizionale a risolvere i contrasti formatisi fra soggetti giuridici. Il nostro diritto positivo ne porge esempi col divieto di ricerca di paternità, con quello della ripetizione di crediti derivanti da gioco o da scommessa. Non si debbono confondere simili casi con quelli in cui la legge nega un diritto, che potrebbe riconoscere, o ne subordina il riconoscimento a condizioni determinate: come, per esempio, allorquando vieta lo scioglimento del matrimonio durante la vita dei coniugi, o il riconoscimento dei figli adulterini, o la validità di una vendita di immobili non stipulata per atto scritto. In simili casi, il diritto non può sorgere affatto, o non si ha che alle condizioni segnate dalla legge; vi è quindi la impossibilità di spiegare in relazione ad esso una pretesa giudiziaria. Nelle altre ipotesi prima menzionate, la proibizione della legge non sopprime o nega il diritto; il figlio naturale può essere riconosciuto, il debito di gioco può essere pagato; tali atti sono validi, e i loro effetti sono tutelati dalla legge. Solo la pretesa giudiziaria che tenderebbe all'esecuzione coattiva di tali atti è impedita, per ragioni d'opportunità sociale, dedotte dall'ordine politico o da quello morale. Ciò dimostra una volta di più come l'azione civile e il diritto subbiettivo enunciato quale oggetto della medesima siano due entità giuridiche distinte.

14. La seconda delle conseguenze accennate è, che la classificazione delle azioni civili, dovendo essere determinata dal loro rispettivo oggetto, è logicamente parallela a quella dei diritti subbiettivi che per mezzo delle medesime si perseguono. In conformità a questo concetto ci provenne dal diritto romano la *summa divisio* delle azioni, *in rem* e *in personam*. Questa divisione ebbe in antico una grande importanza, specialmente a causa delle particolari forme procedurali attribuite alle *actiones in rem* e pel loro esercizio imposte imprescindibilmente. Nel diritto giustinianeo già ne aveva una minore. La nostra legislazione distingue pure le azioni *reali* dalle *personali*. Non porge essa le definizioni rispettive; va tuttavia notato che le azioni mentovate nel codice di procedura come reali sono esclusivamente relative a cose mobili od immobili. Non sembra adunque che si possano a termine della legge nostra classificare fra le azioni reali quelle dirette a far valere i diritti di cittadinanza, di stato, di famiglia, e simili; i quali, nel nostro diritto positivo, piuttosto che diritti reali sono considerati come diritti personali formanti una categoria a parte (diritti personali in senso stretto).

Le azioni, siano personali o reali, si esercitano sempre contro una persona determinata, per un titolo giuridico di obbligazione attuale a carico di essa vantato da chi agisce. La differenza consiste in ciò,

Digitized by Google

che nell'azione personale la designazione del soggetto contro cui essa viene diretta emana dalla qualità medesima del titolo giuridico enunciato come suo fondamento; mentre nell'azione reale questa designazione si trae da elementi estrinseci al titolo suddetto. Dichiarandomi creditore di una somma mutuata a Tizio, ovvero dichiarandomi danneggiato da un fatto accaduto per colpa di Tizio, io pongo necessariamente la determinazione del soggetto (Tizio) contro cui eserciterò l'azione *ex contractu* ovvero *ex delicto*. Dichiarandomi invece proprietario di una cosa mobile od immobile, non pongo la determinazione necessaria della persona contro cui agirò per rivendicarla; bensì questa determinazione scaturirà dal fatto del possesso attuale della cosa, nel giorno in cui venga iniziata l'azione; la quale per ciò appunto dicesi *reale*. La differenza si riflette anche sull'opera del magistrato nella decisione della controversia: poichè, mentre nelle azioni personali, dalla riconosciuta esistenza della obbligazione del convenuto, il giudice trae il motivo per dichiarare il diritto dell'attore, nelle azioni reali, dalla riconosciuta esistenza del diritto dell'attore egli trae, all'opposto, il motivo per dichiarare la obbligazione del convenuto.

Il codice di procedura non dà importanza alla divisione di cui parliamo, se non all'effetto di stabilire in base al carattere reale o personale delle azioni la competenza del giudice, come esporremo più innanzi. È per questa ragione che manca di pregio, di fronte al nostro diritto positivo, la indagine sopra la esistenza di azioni *miste* (cioè partecipanti della duplice qualità di reali e personali), della quale molto si occuparono, e con divergenti conclusioni, gli interpreti del diritto romano (1). Le azioni divisorie (*familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*) furono generalmente dette *miste* (*mixtam causam obtinere videntur*). Ma se ciò potè condurre a speciali conseguenze di fronte agli antichi sistemi processuali, non si vede quali conseguenze derivino, nel diritto giudiziario vigente, sia pure dal riconoscere che certe azioni possono avere per oggetto diritti reali e diritti personali insieme. La designazione del giudice, fatta in base alla interpretazione delle norme generali o ad uno specifico e tassativo precetto della legge, conduce in ogni caso a stabilire la

(1) Merita di essere rammentato come risalga al processo formolare la classificazione delle azioni miste, che avevano una formola più complessa delle altre (Gaio, IV, § 42; L. 22, § 4, D., 10, 2); ed inoltre come questa denominazione fosse anche riferita alla circostanza che nelle azioni divisorie *uterque actor est* (L. 37, § 1, D., 44, 7; L. 2, § 3, D., 10, 2; L. 2, § 1, D., 10, 3, ecc.).

Digitized by Google

competenza per l'azione secondo uno dei suoi caratteri, reale o personale; nè il codice di procedura fa cenno di azioni miste od a queste allude in alcun testo. Qualsivoglia diritto reale, se ben si consideri, è assistito da azioni miste; esso invero può essere tutelato con un'azione reale (sopra la *cosa*) o con una personale (diretta ad ottenere *l'equivalente della cosa* da colui che per cagione di essa fu verso noi originariamente obbligato). Onde fu detto giustamente che nel moderno diritto le azioni miste sono personali o reali ‹ secondo che l'attore intende proporre il diritto personale o reale › (1).

15. Le azioni si distinguono ancora in correlazione all'*oggetto* del diritto. Quindi si hanno azioni *mobiliari* ed *immobiliari*, secondo che riguardino beni *mobili* od *immobili*. Le obbligazioni e quindi le azioni personali, talora sono tali in senso stretto, talora invece sono relative ad una cosa mobile, ovvero ad un immobile. Chiedere al venditore la consegna della cosa che abbiamo acquistata è certamente esperire un'azione *personale*, ma essa riguarderà una cosa mobile od un immobile, a norma che quella o questo abbia formato oggetto del contratto. La distinzione fra le azioni personali relative a beni mobili e quelle relative a beni immobili serve pure alla legge per l'effetto di segnare i limiti della competenza, come in seguito vedremo. Avvertasi però che quando nel codice si parla di *azioni personali* in genere, devonsi intendere designate tanto quelle personali in senso proprio (lato o ristretto) come quelle personali *ad rem*, sieno poi queste relative a beni mobili od immobili.

Quanto alle azioni reali, altre sono mobiliari, altre immobiliari; e tale distinzione non ha bisogno di schiarimenti. Notiamo, e lo vedremo meglio più tardi, che nella distribuzione della competenza le azioni reali su beni mobili sono generalmente parificate alle azioni personali. È un omaggio che il codice di procedura rende al principio del diritto civile ‹ *mobilia sequuntur personam* › (v. n. 153).

16. Riguardo allo scopo che si propongono, le azioni si dividono in *possessorie* e *petitorie*. Le prime hanno per obbiettivo, come gli *interdetti* del diritto romano, la semplice tutela o ripristinazione dello stato di fatto (*possesso*) relativo ad una cosa o ad un diritto, contro le alterazioni violentemente od illegalmente recatevi. Le altre mirano al definitivo riconoscimento della condizione giuridica che dev'essere stabilita in conformità *al diritto sostanziale* nei rapporti tra i litiganti. È ben noto come il possesso altrui possa costituire talora una violazione della nostra proprietà o di un altro nostro diritto. Malgrado di che le leggi anche al possesso ingiusto consentono speciale protezione,

(1) Pescatore, *Sposizione compendiosa*, ecc., vol. I, pag. 159.

Digitized by Google

almeno in via provvisoria, per impedire che all'opera della giustizia civile si sostituiscano pericolosi conflitti fra cittadini.

A primo aspetto le azioni possessorie sembrano da ascrivere alla categoria delle *reali*, poichè hanno per oggetto *la cosa* su cui il possesso si esercita. Ma una più accurata analisi rivela essere le medesime azioni *personali*. Tale è la dottrina del diritto romano: *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* (L. 1, § 3, Dig., 43, 1). Non si guarda cioè nell'azione possessoria al materiale effetto che ne consegue, ma al suo obbiettivo giuridico; esso non è la rivendicazione di un diritto reale, ma la difesa contro la violenza o la turbativa, ossia l'esercizio di un diritto personale. E il nostro codice di procedura considera esso pure queste azioni come personali *ad rem;* ne troveremo la dimostrazione nel testo dell'articolo 93 che sarà esaminato più oltre (v. n. 156).

17. Una ulteriore divisione è fatta tra le azioni *principali* e le *accessorie*. Essa corrisponde ad un carattere meramente estrinseco, vale a dire allo stato di rapporto in cui si trovano tra loro più diritti esercitati in un medesimo giudizio o in giudizi connessi; poichè tale azione, che si dirà *accessoria* se esperita congiuntamente o di seguito ad altra da cui ha dipendenza, dovrà dirsi *principale* se viene spiegata da sola in giudizio autonomo. Anche di ciò riparleremo (v. n. 181).

18. La facoltà di proporre una pretesa in giudizio (v. n. 12) si esplica mercè la *domanda giudiziale*. Questo nome è il più proprio a indicare l'iniziale esercizio della azione, il quale deve in primo luogo essere concretato in una *domanda* che stabilisca la qualità e la misura del diritto pel quale si agisce, la lesione che affermasi dal medesimo subìta, la riparazione che si invoca. E tale domanda deve essere proposta *in giudizio*, diretta cioè all'autorità giudiziaria, alla quale si chiede la emanazione degli opportuni provvedimenti.

Chi inizia l'azione, proponendo la domanda giudiziale, chiamasi *attore* (*actor*). Colui contro il quale la domanda è proposta si chiama *convenuto* (*reus*). Al giudizio ponno prender parte più attori come più convenuti, a norma dei casi e delle circostanze. Vi possono entrare anche altre persone oltre a queste parti principali; e così gli *intervenienti* e i *garanti*. Gli istituti dell'intervento e della garantìa saranno esaminati a parte, più innanzi (v. nn. 299 e segg.).

19. Se di regola l'insorgere d'una controversia è da presumere determinato dalla violazione d'un diritto, è tuttavia nell'ordine delle cose umane possibile che l'attore proponga una domanda giudiziale od in mala fede, o dietro erronea supposizione che il suo dritto sia stato leso. Scopo del giudizio essendo il conseguimento della giustizia, che non è altro se non verità, si capisce come non basti l'affermazione della

Digitized by Google

lesione da parte dell'attore, perchè il giudice abbia da accogliere la di lui domanda. Fa mestieri che sia *data la prova* della affermazione; e quindi è indispensabile provare *l'esistenza del diritto* che si pretende violato, e quella *del fatto che lo ha leso.* Indi l'importanza che ha nel diritto giudiziario l'*elemento probatorio*, anima ed essenza del procedimento civile.

20. Abbiamo però detto (n. 12) come nel concetto dell'azione, intesa nel suo più lato senso, si comprenda anche il diritto di difesa del convenuto. Questo diritto, considerato in contrapposto al diritto di azione in senso stretto, cioè alla domanda giudiziale, riceve il nome di *eccezione.* Che per i fini della giustizia sia necessario attribuire simile diritto alla persona contro la quale è diretta una domanda giudiziale, apparisce evidente, appena si rifletta essere inammissibile che l'attore solo abbia facoltà di presentare al magistrato le prove relative al buon fondamento della di lui pretesa, poichè di tal guisa egli sarebbe libero di celare quelle che potrebbero riuscire dannose al proprio intento. Se il giudizio è diretto ad eliminare un contrasto di volontà intorno alla esistenza e alla violazione del diritto subbiettivo che forma oggetto della domanda, la condizione dei contendenti deve essere pareggiata dinanzi al giudice. L'eccezione, dunque, è quella parte dell'azione (in senso lato) con cui si fa valere in giudizio la pretesa del convenuto, come la domanda è quella parte con cui si fa valere la pretesa dell'attore.

Nella procedura moderna tutti indistintamente i mezzi di cui si serve il convenuto per respingere la domanda dell'attore si nomano *eccezioni.* Non era così pel diritto romano e per le scuole antiche; ma la odierna semplicità giova non meno alla chiarezza che alla giustizia, rimuovendo l'ingombro di vacue sottigliezze.

21. Le eccezioni possono essere variamente classificate. Secondo il carattere intrinseco del loro contenuto sembra a noi razionale distinguerle in *semplici* e *riconvenzionali.* Sono *semplici* quelle che si svolgono mediante la contrapposizione alla domanda dell'attore di un difetto inerente alla procedura od alla sostanzialità del diritto vantato: per esempio, l'eccezione d'incompetenza del magistrato adito (difetto della procedura); quella di avvenuta estinzione della obbligazione, per pagamento, rinuncia, prescrizione, ecc. (difetto sostanziale del diritto). La loro qualifica, com'è facile comprendere, deriva da ciò che esse si limitano a combattere la domanda sul suo proprio terreno. Ciascuna domanda deve necessariamente essere proposta in giudizio con un certo corredo di elementi di diritto processuale e sostanziale che la rendano ammissibile all'esame del magistrato e la dimostrino fondata. È precisamente la negazione di

Digitized by Google

alcuno, o di più, o di tutti gli elementi in discorso, che costituisce una difesa mediante eccezioni *semplici*. Talora però non vi è possibilità di impugnare in questo modo la domanda, bensì di dimostrarla infondata richiamando l'esame del giudice sopra un altro ordine di elementi (fatti o rapporti giuridici), i quali, accertati che siano, producano la conseguenza logica di stabilire la mancanza di diritto nell'attore. Talvolta ancora, la dimostrazione che gli elementi di diritto sostanziale, posti o supposti dall'attore, non esistono, deve essere data mediante una ricerca molto più ampia, la quale non può essere esaurita senza che l'investigazione del magistrato si spinga oltre quei confini nei quali l'aveva circoscritta la domanda dell'attore. Ad illustrare la prima ipotesi adduciamo l'esempio della compensazione opposta per stabilire l'estinzione del credito vantato dall'attore; ad illustrare la seconda, quello della impugnazione elevata sulla totalità di una obbligazione o sul capo principale di essa, per stabilire la insussistenza dell'obbligo parziale o accessorio di cui l'attore reclama l'adempimento, e così via dicendo.

La classificazione ora enunciata non è certo di nostro conio particolare; essa fu sempre dai proceduristi riconosciuta come corrispondente alle configurazioni diverse dei sistemi defensionali che possono essere adottati nel giudizio civile. Di nuovo non vi abbiamo portato che la nomenclatura, la quale ci sembra opportuna ed esatta, non tanto nel riguardo delle eccezioni *semplici* sul nome delle quali non vi è seria disputabilità, quanto a proposito delle *riconvenzionali*, che riteniamo ben qualificate con questo nome, appunto perchè, secondo il nostro modo di vedere, l'elemento nuovo che esse introducono nel giudizio ha il carattere intrinseco della *riconvenzione*, intesa e considerata secondo la sua essenza, ed anche secondo le storiche sue origini (1). Nè ciò crea pericolo di confondere l'*eccezione riconvenzionale* con la *domanda riconvenzionale*. Quella sta nel confine d'una semplice difesa; questa ha invece le proporzioni di

(1) Non può essere ignorato che l'istituto della riconvenzione entrò nella procedura romana come una maggiore e migliore guarentigia *della difesa* del convenuto. Il principio stabilito da Giustiniano (L. 14, Cod. *de sent. et int.*, 7, 45), nel testo che meno d'ogni altro lascia adito ad incertezze, si riassume in ciò, che l'attore il quale ha provocato l'esercizio della podestà del giudice: " eum habere et contra se iudicem, in eodem negotio, non dedi- " gnetur „. Quantunque gli interpreti dei secoli posteriori, trascinati dalla corrente delle idee dei loro tempi, abbiano voluto parafrasare l'espressione " *in eodem negotio* „ con l'altra " *in eadem lite* „, tuttavia essa è abbastanza esplicita per far intendere che la riconvenzione doveva sorgere dal rapporto giuridico controverso, come mezzo di difesa pel convenuto.

Digitized by Google

un attacco (v. n. 178 e segg.). E mentre la difesa ha per diretta conseguenza il rigetto della domanda dell'attore, non è necessario che abbia simile risultato la domanda riconvenzionale. In un rapporto di compra-vendita, il venditore si fa attore in giudizio per chiedere *il pagamento del prezzo.* Il convenuto *domanda in via riconvenzionale la consegna della cosa.* La sentenza nell'ordinare la consegna della cosa dovrà corrispettivamente prescrivere il pagamento del prezzo. Ecco un caso in cui il trionfo della domanda riconvenzionale non solo non esige il rigetto della principale, ma anzi ne importa l'accoglimento.

L'importanza di questa classificazione delle eccezioni riportasi alla determinazione della competenza e sarà chiarita più oltre (n. 121).

22. Dal punto di vista dell'oggetto a cui si riferiscono, distinguonsi le eccezioni d'*ordine* (relative alla regolarità della procedura o dei singoli atti di essa) da quelle di *merito* (relative all'esistenza, od alla misura, od all'esigibilità, ecc., del diritto dedotto in giudizio). Rispetto al risultato che producono o mirano a produrre, si dividono in *dilatorie* (che prorogano, differiscono, la discussione e definizione della controversia) e *perentorie* (che tendono a far riconoscere inesistente il diritto o il giudizio). Sonovi eccezioni *dilatorie* del *merito* o della *procedura*, eccezioni *perentorie* di quello o di questa. Le eccezioni d'*ordine* sono generalmente per loro natura *dilatorie del merito*, in quanto ne differiscono la disamina. Un'eccezione d'incompetenza è *perentoria* come eccezione d'*ordine*, poichè il suo effetto è di rendere inefficaci del tutto gli atti del giudizio avviato; ma è *dilatoria* del *merito*, in quanto il diritto si potrà di nuovo far valere più tardi davanti l'autorità competente. Però vi sono eccezioni d'ordine che hanno effetto *perentorio* anche sul *merito;* tali quelle dedotte allo scopo di far riconoscere avvenuto il passaggio in giudicato d'una sentenza in seguito a decadenza dal termine utile per un reclamo. Eccezioni *dilatorie d'ordine* sono quelle che non tendono a distruggere nella totalità gli effetti del contraddittorio obbligando l'attore a riproporre in altra sede la sua domanda, ma soltanto ad invalidare qualche atto del giudizio in corso e renderne frustraneo l'adempimento. Così, se oppongo al mio avversario ch'egli è decaduto dal diritto di far assumere una prova testimoniale, non gli impedisco con ciò di poter ricorrere ad altri mezzi di prova per giustificare la sua domanda; la mia eccezione, quindi, proroga ma non perime il procedimento. Eccezioni *dilatorie di merito* sono quelle con le quali si vuole far respingere la domanda, non perchè priva di legale fondamento, ma perchè prematura, o non provata, o non regolarmente proposta. Sarebbe di questa categoria l'eccezione del fideiussore che chiede l'escussione

Digitized by Google

del debitore principale; così pure quella di non iscaduto termine o di ancora pendente condizione. Queste eccezioni *dilatorie del merito* sono *perentorie del giudizio*, il quale potrà essere riproposto quando sia tolto di mezzo l'ostacolo fatto valere dal convenuto. Eccezioni *perentorie del merito* sono poi tutte quelle che hanno per iscopo di liberare definitivamente il convenuto dalla domanda dell'attore; quindi ponno essere tanto eccezioni semplici quanto eccezioni riconvenzionali; e così, l'eccezione di pagamento, quella di prescrizione, quella di compensazione, ecc. Possono anche darsi eccezioni perentorie di *effetto parziale*, tendenti cioè a combattere una parte sola della domanda dell'attore; e questa distinzione serve anche rispetto alle eccezioni dilatorie.

Nel codice la diversa natura delle eccezioni non dà materia a discipline speciali, salvo quelle relative alla competenza che si fondano sulla distinzione fra le eccezioni semplici e riconvenzionali (1). È però indispensabile conoscere le classificazioni sopradette giacchè, secondo la loro rispettiva natura, le eccezioni esercitano influenza diversa sulla pretesa giudiziaria dedotta nella domanda e quindi sui rapporti fra le parti contendenti.

23. Come la domanda, anche l'eccezione dev'essere non solo asserita ma convenientemente dimostrata; in questo senso fu stabilita la regola: *reus in excipiendo actor est.* Talune fiate la prova dell'eccezione è contenuta nella posizione medesima del giudizio e scaturisce dall'esame degli elementi della domanda: ciò si verifica, per esempio, quando il convenuto dica prescritta l'azione, ovvero incompetente il magistrato adito; in qualche caso, però, anche per accertare l'incompetenza occorrono certe peculiari indagini istruttorie, come in seguito vedremo. Ma se si oppone alla domanda di una somma il già eseguito pagamento, converrà sempre offrirne specifica dimostrazione; e così dicasi in genere di ogni altra eccezione.

24. A sua volta l'attore ha diritto di fare quelle deduzioni che potranno giovargli, movendo eccezioni contro le eccezioni del convenuto. Questi a vicenda può replicare con nuove eccezioni, e così di seguito fino all'esaurimento della discussione. Nel corso della medesima non è poi impossibile che si presenti ragionevole ed opportuno restringere, od allargare, o modificare l'originaria domanda, del che vedremo appresso le norme direttive. Anche ogni nuovo elemento di fatto, ogni nuovo argomento di ragione e di diritto che entri per

(1) Non è così in altri codici, i quali fanno espressa menzione delle varie specie di eccezioni e vi collegano certe particolari discipline del procedimento. Veggansi il codice francese, gli italiani antecedenti, il germanico, ecc.

Digitized by Google

simili guise ad integrare il materiale della discussione, deve essere accompagnato da un conveniente sussidio di prove.

25. Per via di accenno generalissimo accade qui di soggiungere che le prove, per quanto si riferiscono all'accertamento dei *fatti*, devono essere fornite coi mezzi e secondo le regole stabilite dalla legge. Tale disciplina essendo comune a tutti i litiganti non può considerarsi arbitraria nè iniqua, quantunque in parecchi casi restringa la libertà della dimostrazione dei diritti. Di che si hanno esempi nelle limitazioni della prova testimoniale (art. 1341 codice civile), nell'obbligo indeclinabile della prova scritta di taluni importanti diritti (art. 1314 codice civile), ecc.

Quanto alle *ragioni giuridiche* che le parti svolgono nella discussione, esse pure devono essere provate, nel senso che per farle apparire meritevoli d'accoglimento occorre dimostrarne la conformità alle leggi che danno norma al rapporto controverso.

Però una grande differenza è da notare fra la dimostrazione dei *fatti* su cui s'aggira la controversia e quella delle *ragioni giuridiche* sostenute dai contendenti. Imperocchè, mentre il magistrato deve esaminare il *tema di fatto* nei limiti della discussione svolta dalle parti, e cioè valutando esclusivamente le prove risultanti dagli atti, egli è libero di seguire il proprio raziocinio nella indagine *sul diritto*. L'errore delle parti nella invocazione o nella interpretazione delle leggi, non può obbligare il magistrato a seguirle pel non retto cammino, poichè precisamente la esatta intelligenza ed applicazione della legge al fatto controverso costituisce la sostanza stessa della funzione giurisdizionale dal punto di vista del diritto pubblico.

26. Discussa la lite, hanno diritto i contendenti che sia emanata la decisione del giudice. Ma affinchè con questa sia dato fine alla controversia occorre che egli sia *competente* a pronunciare. La legge sull'ordinamento giudiziario ha distribuito nel territorio dello stato un congruo numero di magistrati, costituendo fra loro una gerarchia di gradi e un riparto di attribuzioni destinati a guarentire il migliore funzionamento della giustizia. Pertanto la domanda proposta ad un magistrato incompetente e la discussione innanzi a lui seguìta, sarebbero irregolari, e il giudice chiamato a decidere dovrebbe restringersi a dichiarare la propria incompetenza.

27. Queste, per grandi tratti, che verranno in seguito meglio particolareggiati, sono le linee caratteristiche della *giurisdizione contenziosa*, di quella parte cioè dell'amministrazione della giustizia civile, la più importante senza dubbio, la quale ha per uffizio di dirimere i conflitti sopra i diritti subbiettivi delle persone fisiche o giuridiche. Ne sono adunque fattori essenziali: 1° le *persone dei con-*

Digitized by Google

tendenti; 2° la *domanda giudiziale;* 3° la *difesa;* 4° la *competenza del giudice;* 5° il *contraddittorio;* 6° la *decisione.*

28. Gli indicati fattori non mancano mai nello svolgimento vero e proprio di un'azione civile. Vedremo in seguito come anche nel caso di *contumacia* essi si trovino perfettamente al completo, malgrado la contraria apparenza. Tuttavia non si può negare che vi hanno taluni atti della giurisdizione contenziosa nei quali uno di codesti elementi fa difetto. La nostra legislazione classifica certe materie come destinate ad essere *trattate senza contraddittore* (art. 778, n. 2 del codice di procedura), nè queste materie sono da confondere cogli affari di *volontaria giurisdizione,* dei quali lo stesso testo ora menzionato fornisce indicazione marcatamente distinta (art. 778, n. 1). Per evitare equivoci sta bene di chiarire fin da ora la differenza fra la giurisdizione contenziosa e la volontaria, ed il nesso che ha colla prima la disposizione del citato n. 2 dell'art. 778.

29. Mentre nell'esercizio della giurisdizione contenziosa il magistrato definisce e regola secondo il dettato della legge una relazione di diritto *controversa* fra due o più cittadini, mercè la giurisdizione volontaria egli interviene con potere discrezionale e criterio equitativo a completare, approvare, rendere efficaci, taluni atti, vuoi nell'interesse delle persone incapaci ed a tutela delle medesime, vuoi per lo scopo di mantenere l'ordine interno delle famiglie. Così il pretore costituisce e presiede i consigli di famiglia e di tutela; il tribunale omologa le loro deliberazioni; quello e questo vigilano e controllano l'amministrazione tenuta dal padre del patrimonio dei suoi figli; la corte d'appello provvede sulle adozioni; il presidente del tribunale s'interpone a coadiuvare l'esercizio della podestà paterna; il tribunale è chiamato in luogo del marito ad autorizzare la moglie quando siavi fra i coniugi contrasto di volontà od opposizione d'interessi, ecc. ecc. Non è dunque esatto il definire la giurisdizione volontaria od onoraria, come quella che si esercita *inter volentes et consentientes absque forma iudicii,* perchè l'intervento del magistrato nei casi menzionati è pur sempre una necessità imposta dalla legge. Ma è da osservare invece che le caratteristiche di codesto uffizio in ciò consistono: 1° che esso è affidato, per ragioni di somma opportunità, ai giudici, ma non è necessariamente inerente alla funzione giurisdizionale; 2° che nelle deliberazioni per l'esercizio del medesimo emanate, non si esplica l'ordinaria autorità giudicante, non si stabiliscono novelli rapporti nè si sanciscono diritti, ma si compie una cura quasi paterna di privati interessi; 3° che ai criteri delle deliberazioni stesse non è guida il rigore della legge, ma il consiglio della prudenza e della utilità; 4° che oggetto della volontaria giurisdizione è soltanto

Digitized by Google

il patrimonio attuale o la persona del ricorrente o di colui nel cui interesse altri agisce, nè mai essa può avere effetto coercitivo sovra il patrimonio o contro le persone dei *terzi*.

30. Per contrario in molti casi, sparsamente indicati nei codici (parecchi ne sono raccolti nel terzo libro del codice processuale), il giudice, benchè non debba *decidere una lite* fra due contendenti, è chiamato ad esercitare la sua giurisdizione agli effetti contenziosi, per dare cioè un provvedimento che tocca alle ragioni del tuo e del mio e si debbe eseguire in confronto di un terzo o sul di lui patrimonio. La sola differenza dagli atti della giurisdizione contenziosa ordinaria consiste in ciò, che per l'indole del caso o per motivi di temporanea convenienza, non si fa precedere alla pronunzia del magistrato il contraddittorio fra le parti.

Un esempio, per ora sufficiente ad illustrare l'esposta nozione, è quello della domanda di *sequestro conservativo*, la quale, diretta a preservare il creditore dall'imminente pericolo di fraudolenta sottrazione del patrimonio del debitore, viene decisa senza che a questi sia conceduto di opporre preventivamente le sue eccezioni.

La gravità dei provvedimenti di cui parliamo e delle loro conseguenze è facile a scorgersi. Il legislatore non poteva prescindere dal consentirli, appunto perchè vi son casi in cui la tutela del diritto si risolverebbe altrimenti in una derisione; ma doveva trattarli come casi eccezionali, e restringere nei più severi limiti la mancanza del contraddittorio. Indi è che per la maggior parte di essi le discipline della legge sono ordinate per guisa da far seguire il contraddittorio immediatamente dopo preso il provvedimento d'urgenza e prima che sulla domanda dell'attore sia definitivamente sentenziato. In altri casi la persona che è colpita da una decisione emanata senza discussione ha immediata facoltà di opporvisi, suscitando regolare controversia, sicchè la convalidazione di essa si può dire che è rimessa soltanto alla acquiescenza dell'interessato.

Ciò spiega il senso e la portata dell'art. 38 del codice, il quale dispone: « Non si può statuire sopra alcuna domanda, se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, *eccettuati i casi determinati dalla legge* ».

31. Dopo quanto venimmo dicendo riesce agevole di rilevare il significato e l'uso del vocabolo *giurisdizione*. *Jurisdictio* (*a jure dicendo*) è il complesso delle attribuzioni per le quali il magistrato è autorizzato ad amministrare la giustizia ed a munire di efficacia esecutiva le proprie deliberazioni. I giureconsulti romani distinsero la *jurisdictio* dallo *imperium* ossia la podestà deliberativa da quella esecutiva. Le ragioni storiche e politiche di quella distinzione, quale

Digitized by Google

è data dai testi, sono scomparse. Oggi l'autorità giudiziaria possiede sempre la *giurisdizione piena*, cioè la *jurisdictio* e l'*imperium* insieme, ed in tutti i suoi atti attinenti alla giurisdizione contenziosa concorrono entrambi questi elementi. Negli atti di giurisdizione volontaria, per la loro indole speciale, si potrebbe vedere un esercizio di *jurisdictio* senza *imperium;* ma già abbiamo notato come essi non appartengano all'ordine delle funzioni giurisdizionali in senso stretto. Anche relativamente ai giudici privati (arbitri), è da osservare che essi posseggono la *jurisdictio* per effetto del compromesso, ma non pienamente l'*imperium*, poichè la forza esecutoria delle loro deliberazioni definitive deriva da un provvedimento del magistrato ordinario. Così dicasi delle autorità giudiziarie straniere nei rapporti col nostro stato; gli atti di loro giurisdizione non hanno da soli forza esecutiva, ma vi occorre il giudizio di delibazione del magistrato nazionale. In questi sensi, ma non più in là, può essere utile ancora di ricordare la classica distinzione fra *jurisdictio* e *imperium*. Notisi (per evitare erronei apprezzamenti) che l'*imperium* si realizza nella pura e semplice potestà di emettere deliberazioni giudiziali aventi efficacia coercitiva. Tengasi poi presente che l'efficacia esecutiva di cui parliamo è quella in genere inerente a qualunque decisione, anche interlocutoria, del magistrato, non quella, in via esclusiva, che si traduce nelle espropriazioni forzate.

32. Proseguiamo ad esporre le regole generali relative alla giurisdizione contenziosa.

La materia del diritto privato è quella dove svolge tutti i suoi effetti il diritto di proprietà. Esso comprende la facoltà di disporre di ogni cosa che ci appartiene, secondo meglio ci aggrada. Indi deriva che ciascun cittadino è libero di tollerare anche le lesioni che altri arrechi ai suoi diritti, essendo questo alla fin fine un modo di disporne. Ed il giudizio dell'autorità sociale a tutela e ripristinamento del diritto offeso, non deve intervenire se non quando ne sia fatta formale istanza e deve contenersi nei limiti della istanza medesima. L'art. 139 della legge sull'ordinamento giudiziario dichiara che il pubblico ministero *veglia all'osservanza delle leggi* ed *alla pronta e regolare amministrazione della giustizia;* ma questo uffizio suo non può estendersi sino a farne il vindice non richiesto dei diritti privati, ciò che turberebbe l'ordine sociale più presto che difenderlo. Soltanto, al pubblico ministero è data facoltà di esercitare talune azioni che appartengono alla giurisdizione civile (ad es.: opposizione a matrimonio, nullità del medesimo, interdizione di dementi, rettificazione di atti di stato civile), in quanto l'indole e lo scopo delle medesime connettonsi prevalentemente all'ordine pubblico ed all'in-

Digitized by Google

teresse generale. Ma all'infuori di quelle a cui è autorizzato esplicitamente dalle leggi, il pubblico ministero non ha certamente podestà di esercitare azioni civili nell'interesse ideale della giustizia. Il codice di procedura non ammette alcuna deroga a questo proposito; avvegnachè, sebbene l'art. 519 consenta il ricorso in cassazione del pubblico ministero *nell'interesse della legge*, dichiara però che da esso non deriva nessuna conseguenza in pro o in danno dei litiganti.

33. Tanto meno sarebbe lecito ammettere che le azioni dirette alla tutela degli interessi di un cittadino potessero venire esercitate da altri che vi fosse legalmente estraneo o indifferente.

Due regole importantissime sanciscono i principii ora accennati; esse stanno scritte negli articoli 35 e 36 del codice di procedura, che conviene riferire integralmente:

« Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve proporre la domanda davanti l'autorità giudiziaria competente (art. 35).

« Per proporre una domanda in giudizio o per contraddire alla medesima è necessario avervi interesse.

« Le persone, che non hanno il libero esercizio dei loro diritti, devono essere rappresentate, assistite o autorizzate a norma delle leggi che regolano il loro stato e la loro capacità » (art. 36).

34. La prima delle citate disposizioni fu già illustrata dalle considerazioni esposte in precedenza. È da aggiungere che il tenore generalissimo in cui essa è concepita fa chiaro come la domanda giudiziale possa essere proposta da chiunque è abilitato al possesso e all'esercizio di un diritto, e così da ogni persona fisica e giuridica, dai cittadini non meno che dagli stranieri (art. 1 a 3 cod. civ.).

Abbiamo già detto che la domanda stabilisce i limiti nei quali si deve esplicare la giurisdizione del magistrato. Ma sopra la domanda e nei confini di essa, il giudice ha sempre stretto obbligo di pronunziare, sia che l'ammetta o che la respinga. Il *diniego di giustizia*, che sarebbe appunto la violazione di quest'obbligo, è con apposite sanzioni represso dalla legge. Essa per altro tratta con uguale severità anche l'esorbitanza del magistrato dalla linea di limitazione suddetta. Tale esorbitanza può verificarsi sotto due aspetti ugualmente illeciti: quello di pronunzia su cosa non domandata (*extra petita*) e quello di pronunzia sopra quantità maggiore della domanda (*ultra petita*).

L'articolo 35 accenna alla *competenza del magistrato*, come uno dei requisiti per la validità della domanda giudiziale. Sappiamo già quale sia l'importanza del medesimo; tuttavia dalla enunciazione del testo citato non si deve indurre che la domanda proposta innanzi a giudice incompetente resti sempre destituita d'ogni effetto, come

Digitized by Google

se non fosse stata presentata. Essa non può, per regola, condurre ad una decisione definitiva; ma è suscettibile di altri effetti, più o meno estesi, che saranno altrove accennati.

All'analisi dell'art. 36 è dedicato il capo seguente.

CAPO IV.

Interesse e capacità di agire.

35. L'interesse è la misura dell'azione: — *Point d'intérêt point d'action.* Queste massime sono assai note nel diritto giudiziario civile, e ritenute di tanto peso che in Francia si ebbero persino sentenze di cassazione fondate sovra l'antico adagio forense, quantunque esso non fosse sancito in verun testo del codice. Ben fece adunque il legislatore italiano, consecrando il principio nell'articolo 36, e completandolo ivi opportunamente col dichiarare che l'interesse occorre non soltanto per *agire*, ma anche per *contraddire* alla domanda.

L'*interesse* sta alla pretesa dichiarata nella domanda in un rapporto analogo e conseguente a quello in cui sta col diritto subbiettivo la *violazione*, ossia il fatto altrui illecito che è posto a motivo della domanda giudiziale. L'interesse non è dunque da confondere nè col diritto nè coll'azione; esso si può definire *la utilità di spiegare una domanda giudiziale, in seguito alla violazione di un diritto* (1). Si affaccia dunque tostamente al pensiero essere l'interesse meramente *personale;* in altri termini, soltanto le violazioni dei diritti che ci appartengono (sia pure in comunione con altri), o che spettano alle persone di cui abbiamo la rappresentanza, ci autorizzano ad esercitare azione; e soltanto le domande giudiziali che riguardino un'obbligazione nostra, o un diritto da noi esercitato, o l'obbligazione o il diritto di un nostro rappresentato deggiono essere dirette contro di noi (2). Come non può essere accolta la domanda proposta da chi non vi ha interesse, così non dev'esserlo quella spiegata in confronto ad un *contraddittore non legittimo.*

---

(1) Avvertiamo che la parola *violazione* è sempre qui usata in un senso ampio: poichè anche quelle *minacce* al nostro diritto che possano legittimare l'esercizio di un'azione sono, in lato senso, vere violazioni.

(2) Aggiungasi che soltanto le eccezioni *comuni* con altri convenuti, o quelle che *personalmente* ci riguardano possono da noi essere opposte. Quelle esclusivamente personali ad altro convenuto non ponno venir usate da noi per difetto d'interesse.

Digitized by Google

Alla *personalità* dell'interesse costituiscono eccezione le *azioni popolari;* se pur possa dirsi infatti che nell'interesse generale sia contenuto anche quello individuale dell'attore, la frazione è sì esigua in relazione al tutto da apparire una quantità trascurabile. Le azioni *popolari* nel nostro regime legislativo sono ammesse *tassativamente* in alcuni casi, per gravi considerazioni d'interesse pubblico; e quindi non potrebbero essere esercitate oltre i limiti stabiliti. Esse sono concedute: nelle materie elettorali (controversie sull'elettorato e sull'eleggibilità), da varie disposizioni della legge elettorale politica e di quella comunale e provinciale; per far valere in giudizio le azioni spettanti al comune o ad una frazione di esso (art. 114 legge com. e prov.); per l'interesse delle pubbliche istituzioni di beneficenza (art. 82, 83 legge 17 luglio 1890); per la formazione delle liste di eleggibili a conciliatori e vice-conciliatori (art. 3 legge 16 giugno 1892).

36. Non è mestieri che l'interesse sia *pecuniario* in istretto senso; può essere anche *morale* od *astratto*, purchè di natura *giuridica*, cioè a dire, corrispondente alla lesione di un vero diritto. Quindi se si riconosce l'interesse ad agire per la tutela del proprio onore, della fama, del nome di famiglia, della proprietà professionale, artistica, industriale, ecc., non si potrebbe dir lo stesso riguardo alle semplici lesioni sofferte negli affetti, nelle tendenze, nelle abitudini, ecc., per quanto nella nostra giurisprudenza sia grandemente favorito il principio della refettibilità dei *danni morali*, quand'anche della natura ora indicata.

L'interesse dev'essere *diretto* e cioè derivante da una causa correlativa alla persona che agisce. Ciò non implica per necessità che il fatto della lesione giuridica l'abbia colpita direttamente, ma è sempre mestieri che almeno mediatamente un pregiudizio giuridico ne sia derivato all'attore.

37. Altro importante requisito è la *legittimità.* Ciò significa che l'interesse deve stare in correlazione col diritto obbiettivo e contenersi nei termini del medesimo. Ed inoltre, che la proponibilità dell'azione non deve incontrare ostacolo in alcun divieto delle leggi, le quali, come abbiamo già detto, negano ad alcuni diritti il presidio dell'azione. La legittimità dell'interesse dà motivo a discutere se nel moderno diritto siano ammesse le azioni contro gli *atti d'emulazione.* Tali diconsi quegli atti per virtù dei quali un cittadino esercita un suo diritto, ma fuori dei limiti della propria utilità e con proposito di recare ad altri molestia o nocumento. La dottrina che vuol proscritti gli atti d'emulazione, tratta principalmente da quattro parole mal interpretate del giureconsulto Celso (*neque malitiis indulgen-*

Digitized by Google

dum est — L. 38, Dig., 6, 1), e da erronea intelligenza di alcuni altri passi del diritto romano, ebbe molta fortuna nel medio evo ed anche presso taluni giureconsulti moderni. Prevale però oggidì nella scienza l'insegnamento ad essa contrario. E quantunque la giurisprudenza patria abbia talvolta favorita la vecchia dottrina, non esitiamo ad esprimere l'opinione che non si abbia legittimo interesse ad agire in opposizione al diritto altrui, quando questo sia esercitato nei propri confini legali; dappoichè non è qualunque danno che ci venga dal fatto d'altri che possa dar luogo ad azione, ma solo quel danno che offende il nostro diritto; ora l'esercizio del diritto di un cittadino non può, per incompatibilità logica e giuridica, costituire offesa al diritto d'altro cittadino. E se il *summum jus* urta qualche volta contro il più delicato sentimento della civile convenienza, non può trovarsi quivi il sostrato ad una domanda giudiziale.

38. Deve l'interesse essere inoltre *attuale*. Questo estremo dell'*attualità* non esige in via assoluta che la violazione di cui ci lamentiamo sia stata già consumata nel momento in cui la domanda è proposta, ma vuole che vi siano almeno tali estremi di prossima e grave minaccia da costituire già un turbamento della convivenza pacifica dei consociati, dal punto di vista dell'ordine giuridico privato. Così è concessa al creditore la facoltà di chiedere un sequestro conservativo sui beni del debitore, prima che questi sieno sottratti, purchè si dimostri il pericolo grave di sottrazione o dispersione (art. 924 cod. proc.): così il *ragionevole motivo di temere un danno* dall'opera o dalle cose d'altri, legittima le azioni di denunzia di nuova opera o di danno temuto (articoli 698, 699 cod. civile); così in prossimità alla cessazione della locazione il proprietario può intraprendere una speciale procedura contro il conduttore all'effetto di farlo condannare allo sgombro dalla casa o dal fondo tosto spirato il termine contrattuale (legge 24 dicembre 1896), e così via dicendo.

Ma queste derogazioni al requisito dell'attualità vanno intese con molta cautela; poichè se in genere si accordasse azione in virtù di un interesse *futuro* od *eventuale*, egli è chiaro che nessun cittadino sarebbe mai più al coperto da molestie giudiziarie, contro le quali spesso gli mancherebbero i mezzi per difendersi. È da approvare pertanto la deliberazione con cui dalla commissione legislativa fu stabilito di non ammettere nel nostro codice i *giudizi di jattanza* già esclusi anche dal francese, dai sardi e da altri. Col nome di *giudizi di jattanza* designavansi le azioni spiegate contro chi avesse *vantato* un diritto contro altri, senza però fare alcun atto per volerlo esercitare; l'autore del vanto, ossia della jattanza, poteva essere convenuto avanti al giudice per sentirsi ingiungere l'obbligo di pro-

Digitized by Google

vare la sua pretesa, o, in difetto della prova, il *perpetuo silenzio* intorno alla medesima. Si trattava in sostanza di giudizi di prevenzione, fondati su di un interesse futuro ed eventuale. Essi ebbero origine da una esagerata e forse erronea interpretazione della L. 5, Cod. *De ingenuis manumissis*, 7, 14, la quale autorizzava l'azione giudiziaria contro chi diffamasse lo stato di un ingenuo, qualificandola però espressamente per azione di riparazione d'ingiuria.

Badisi poi a non confondere l'*eventualità* dell'interesse con quella del diritto; poichè può accadere che per un diritto eventuale (p. es. soggetto a condizione sospensiva) si abbia interesse attuale ad agire (come per ottenere una misura conservativa, ecc.).

39. La podestà di far valere in giudizio le proprie pretese e di difendersi contro le altrui dimostrammo competere, come un diritto pubblico subbiettivo, ad ogni persona fisica o morale. Ma non tutte le persone che *godono* diritti possono direttamente *esercitarli*. Il codice civile ed altre leggi sanciscono più d'una sorta d'incapacità, ed altre sono dalla natura stessa determinate. Gli *incapaci* o non esercitano affatto i loro diritti (*incapacità assoluta*) che esercitano per essi i rispettivi *rappresentanti*, o li esercitano col concorso e l'*assistenza* di persone destinate ad integrare la loro personalità giuridica (*incapacità relativa*). Tanto riguardo all'incapacità assoluta come rispetto alla relativa, vi hanno poi taluni casi in cui le leggi prescrivono, oltre la rappresentanza o l'assistenza predette, anche l'*autorizzazione* di qualche potere pubblico, giudiziale od amministrativo. La disposizione del capoverso dell'articolo 36 di sopra riferito (n. 33) si spiega dunque logicamente in relazione al sistema che disciplina nel diritto civile la materia delle incapacità.

40. Facciamo qualche breve cenno specifico. Ed in prima, sulla *incapacità assoluta*.

a) *Minori non emancipati.* Secondo che si trovino soggetti alla podestà del padre od a quella del tutore, le regole giudiziarie che li riguardano sono diverse. Il padre, come rappresentante dei figli, o la madre in di lui mancanza, non sono sottoposti ad alcun vincolo quanto alla facoltà di stare per essi in giudizio, nella qualità d'attore od in quella di convenuto. È eccettuato il solo caso di conflitto d'interessi (art. 224 codice civile), e vedremo più avanti come si provveda alla nomina del curatore speciale prescritto dalla legge, allorchè faccia bisogno di notificargli un atto di citazione. Evidentemente il legislatore ha fatto a fidanza coll'affetto e coll'assennatezza dei genitori; ma non è senza ogni pericolo tale mancanza di freni, se si rifletta al danno che può recare una lite inconsultamente sostenuta. Tanto più ove si consideri che lo stesso art. 224 del codice civile attesta

Digitized by Google

non essere illimitata la fiducia che fu posta nella saviezza e nel disinteresse dei genitori riguardo alla gestione dei beni dei loro figli.

Le azioni relative ai beni per *la sola amministrazione* dei quali l'art. 247 del codice civile autorizza il testatore a delegare un curatore, dovranno essere esercitate da quest'ultimo o dal genitore che esercita la patria podestà? La soluzione è controversa, sembrando che il genitore escluso dall'amministrazione non possa avere nè l'opportunità di conoscere nè l'interesse e lo zelo di far valere in giudizio i diritti dei figli, e che le ragioni presumibili della esclusione si debbano estendere anche a questa forma di tutela degli interessi per cui la medesima fu pronunziata. Però sembra più giusto opinare che i diritti paterni non debbano subire restrizioni maggiori di quelle che espressamente la legge autorizza. La facoltà di agire in giudizio, nel sistema delle nostre leggi civili, è atto eccedente le funzioni *amministrative*, alle quali i poteri del curatore sono dalla legge limitati.

Il tutore invece non può *promuovere azioni* in giudizio senza la autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 296 cod. civ.), se non si tratti di azioni possessorie, o pel conseguimento delle rendite, o di altri casi urgenti (cit. art.). Non occorre omologazione del tribunale, salvo che si tratti di deferire la lite ad arbitri (art. 301 codice civile). Il linguaggio della legge (*promuovere azioni*) dà a comprendere che per stare in giudizio come convenuto non occorre al tutore veruna autorizzazione. Al tutore si surroga il protutore nei casi contemplati dalla legge, nè mai è ammissibile altra forma di rappresentanza.

b) *Interdetti.* Valgono relativamente ad essi le regole medesime dettate pei minori soggetti a tutela (art. 329 cod. civ.). E ciò anche quando la tutela spetti al padre od alla madre.

41. *c*) *Persone giuridiche.* Considerate indipendentemente dalle individualità dei loro amministratori e rappresentanti, le persone giuridiche sono senza dubbio organicamente incapaci in via assoluta di esercitare i loro diritti. La più eminente persona giuridica è lo stato, il quale esercita i propri diritti patrimoniali e le conseguenti azioni mediante gli organi della *funzione governativa*, col tramite dei vari uffizi a questo ramo della sovranità pertinenti. Apposite regole disciplinano la rappresentanza in giudizio dello stato, per la necessità che vi è di tener distinta la gestione dei singoli rami dell'amministrazione pubblica, e di rendere più facile l'esercizio delle azioni e la proposta delle difese (1). Però non deve essere dimenticato che lo stato ha una sola

(1) Si vegga specialmente il regolamento 25 giugno 1865, annesso alla legge 20 marzo stesso anno sul contenzioso amministrativo.

Digitized by Google

personalità giuridica. Questa osservazione è della massima importanza per escludere la necessità di trasferire da un uffizio ad un altro di uguale grado e natura la rappresentanza dello stato, quando la lite trasmigra da una sede giudiziaria ad una diversa, per la successione dei gradi giurisdizionali. Ma da altro canto ogni dicastero amministrativo avendo limiti prestabiliti alle proprie funzioni secondo la natura delle medesime, la rappresentanza dello stato non può essere esercitata da esso che nella cerchia di tali funzioni. Onde sarebbe errore il pensare che l'intendente di finanza possa appellare in una causa sostenuta in primo grado dal prefetto, o la direzione del demanio ricorrere in cassazione contro sentenza che abbia reso soccombente il ministero della guerra. Non è qui in discussione l'unità dello stato, ma la limitata rappresentanza di cui è investito un uffizio od un funzionario; e la cosa riesce ben diversa. La stessa norma si dovrà applicare alle azioni dirette contro lo stato.

La *provincia* è rappresentata in giudizio dal presidente della deputazione provinciale, il quale però non può agire, sia in qualità di attore che di convenuto, senza deliberazione preventiva del consiglio o della deputazione (art. 201, 210, 212 della legge comunale e provinciale). Per le azioni relative a diritti su beni stabili e l'adesione a domande relative a tali diritti è anche richiesta l'approvazione della giunta provinciale amministrativa (art. 223 legge citata).

Il *comune* ha per rappresentante il sindaco, che deve pur essere in ogni caso autorizzato a stare in giudizio per deliberazione del consiglio, od in via d'urgenza della giunta municipale (art. 111, 118, 131 legge suddetta). Inoltre quando si tratti d'intentare azioni relative a diritti sopra beni stabili o di aderire ad una domanda relativa a tali diritti, la deliberazione del consiglio comunale dev'essere approvata dalla giunta provinciale amministrativa (art. 173 citata legge). Può il comune, od una frazione di esso, essere rappresentato in giudizio da uno o più attori popolari, previa autorizzazione della giunta provinciale amministrativa (art. 114 legge citata).

Per quanto concerne le rappresentanze e le autorizzazioni nei gradi superiori del giudizio, veggasi l'osservazione fatta più oltre al n. 551.

Le *istituzioni pubbliche di beneficenza* e gli altri enti morali sono rappresentati dalle persone che ne tengono la direzione o l'amministrazione in conformità ai rispettivi regolamenti od alle tavole di fondazione. Per le istituzioni pubbliche di beneficenza occorre l'autorizzazione della giunta amministrativa provinciale (art. 36 della legge 17 luglio 1890) fatta eccezione per i provvedimenti conservatorii in casi d'urgenza e salvo in questi casi l'obbligo di chiedere immediatamente l'approvazione.

Digitized by Google

42. Benchè sia molto discusso se le *società*, almeno quelle commerciali, debbano essere classificate fra le persone giuridiche, non sembra potersi dubitare della rilevante analogia che passa fra le *società di commercio* e gli enti morali per riguardo all'esercizio delle azioni civili. Imperocchè anch'esse stanno in giudizio solo per mezzo dei rispettivi preposti, gerenti od amministratori ed eventualmente (ciò dicasi delle società per azioni) previe le autorizzazioni prescritte dai loro statuti.

Quanto alle *società civili* la cosa è ben diversa. Esse non formano enti collettivi distinti dalle persone dei soci, neppure pei rapporti coi terzi; ma raffigurano un semplice stato di comunione più o meno estesa. Onde la rappresentanza loro sta nella unione di tutti i componenti. E qualunque sia la natura, lo scopo, il nome di una società civile, essa per nostro avviso non può stare in giudizio, quale attrice o convenuta, se non nelle persone di tutti i soci. Non essendo però vietato ai soci di valersi per loro comodo di un mandatario, così se da tutti gli interessati fu conferito espressamente l'incarico della rappresentanza giudiziale ad un capo, presidente, direttore, ecc., di loro elezione, potrà questi, come rappresentante *dei singoli suoi mandanti*, agire od essere convenuto nelle controversie che si riferiscano ad interessi sociali. È indifferente che simile mandato risulti da deliberazioni particolari o da disposizioni dello statuto sociale.

43. È a dire ora delle *incapacità relative.*

a) I *minori emancipati* e gli *inabilitati* non possono stare in giudizio senza l'*assistenza* del curatore (art. 318 e 339 cod. civ.), la quale è richiesta tanto per agire come per difendersi, e deve continuare in tutti i singoli stadi del giudizio. Il curatore dovrà essere citato insieme all'emancipato od all'inabilitato, in prima istanza come in appello, ecc., o promuovere con lui la citazione degli avversari. L'art. 320 codice civile permette all'emancipato il reclamo al consiglio di famiglia contro il rifiuto d'assistenza del curatore; e questa disposizione deve essere estesa anche in favore dell'inabilitato, per evitare gravi inconvenienti che l'incuria o la slealtà del curatore potrebbero produrre, sebbene a sensi di legge il consiglio di famiglia non si ingerisca nella amministrazione della di lui sostanza.

b) La *donna maritata*, meglio che di assistenza, ha d'uopo di *autorizzazione* da parte del marito o del tribunale nei casi soli contemplati nell'art. 134 in relazione all'art. 136 del codice civile. L'autorizzazione una volta ottenuta vale per ogni grado di giudizio (art. 805 cod. proc. civ.). Quando però, essendo la moglie minorenne, il marito ne ha la *cura*, egli deve anche *assisterla*, come attrice o come convenuta, durante tutto il giudizio e nei singoli suoi gradi.

Digitized by Google

c) Il *fallito* è in uno stato d'incapacità relativa, quantunque sia *rappresentato* dal curatore, poichè se egli è privato dell'amministrazione dei suoi beni, conserva illimitato l'esercizio dei diritti strettamente personali e di quelli estranei al fallimento (art. 699 cod. di commercio). Le azioni giudiziarie relative *ai beni* del fallito si promuovono dal curatore o contro di esso; però può aver luogo in più casi l'intervento personale del fallito (cit. art.). Il curatore, poi, esercita il suo uffizio sotto la direzione del giudice delegato (art. 713 cit. cod.), il quale nomina gli avvocati ed i procuratori che dovranno rappresentare in giudizio il fallimento (art. 727 cit. cod.).

44. In taluni casi si presentano in giudizio controversie sopra interessi di natura collettiva, i quali si riferiscono ad istituzioni civili o religiose, non aventi carattere di enti morali. Noi riteniamo che sempre codesti interessi debbano considerarsi come *personali* a ciascuno degli individui compresi nella istituzione, a meno che essa abbia uno speciale amministratore o capo: e perciò diciamo che in generale le azioni spettano agli individui medesimi, *uti singuli*, e non *uti universi*, cioè a dire possono essere esercitate soltanto mercè il concorso di tutti oppure mercè il conferimento di mandato ad un comune rappresentante come fu detto per le società civili (n. 42).

Una parola dev'essere qui specialmente dedicata alla rappresentanza giudiziaria che può competere al parroco. In quanto la parrocchia si consideri ente morale od amministrativo, e come tale debba essere rappresentata dal suo titolare nell'esercizio delle azioni civili, ricevono per essa applicazione le norme ordinarie suesposte (n. 41) non senza riguardo alle regole o consuetudini speciali esistenti in alcune provincie, in cui è organizzata una rappresentanza laica (fabbriceria, opera) della chiesa parrocchiale. Ma è stato ammesso dalla giurisprudenza che il parroco possa agire in giudizio come rappresentante gli interessi spirituali dei parrocchiani; e questo concetto fu applicato ad azioni intentate contro il comune per esigere da esso adempimenti di oneri di culto eliminati dal bilancio per regolari deliberazioni del consiglio comunale. Sembra che la massima sia gravemente errata. Il parroco è semplicemente ministro del culto e potrà astrattamente rappresentare gli interessi spirituali della chiesa. Quanto agli interessi spirituali dei singoli parrocchiani, non possono avere altri rappresentanti che gli stessi interessati, o chi sia munito di loro mandato. Quegli interessi spirituali, poi, i quali dovrebbero essere soddisfatti per opera e cura del consiglio comunale, non possono aver altra rappresentanza diversa dal consiglio stesso, costituito per libera scelta e fiducia dei cittadini, ai quali soli compete il sindaco sulla convenienza delle sue deliberazioni. Che se, per la natura particolare di un onere

Digitized by Google

determinato, spetti al parroco, o ad altra designata persona, l'esercizio dell'azione *ex contractu* o *ex testamento*, per esigerne l'adempimento, qui è manifesto che l'azione sarà legittimata dalle risultanze speciali del titolo sul quale fondasi, non già dalla tutela degli interessi spirituali dei parrocchiani.

45. Sebbene non si tratti d'incapacità assoluta, nè relativa, ricordiamo qui che le azioni appartenenti al patrimonio privato del re, non si esercitano direttamente da lui o contro di lui, ma sibbene da o contro l'amministrazione del suo patrimonio privato o della lista civile. Questa regola si applica anche rispetto alla regina e ai principi della famiglia reale, per semplici motivi di convenienza, e non per ragioni di diritto pubblico uguali a quelle che valgono per la persona del re.

E non è senza pregio notare che in forza della legge 13 maggio 1871 sulle prerogative del sommo pontefice e della santa sede, e specialmente in forza delle disposizioni degli art. 1, 3 e 7 della medesima, rimane preclusa la via ad esercitare azioni innanzi ai tribunali del regno, in confronto al sommo pontefice, per oggetti relativi al suo patrimonio privato; pur non escludendosi che l'ostacolo sarebbe tolto quando il papa, esercitando la attribuitagli prerogativa di sovrano, costituisse un'amministrazione o rappresentanza del detto patrimonio o della sua lista civile.

CAPO V.

Degli atti e provvedimenti giudiziari in generale.

46. Le azioni civili sono svolte in giudizio mediante una serie di atti, la disciplina dei quali è argomento del codice di procedura. Tali atti sono posti in essere, a norma della loro natura e del momento processuale che rappresentano, dalle parti, dai loro procuratori, dal magistrato, o dagli altri funzionari ed uffiziali dell'ordine giudiziario. Non è a questo punto inopportuno un cenno generale intorno ai medesimi, per tenere conto di alcune regole generali date dal legislatore e per averne una nozione sufficiente che aiuti ad intendere le indicazioni che man mano se ne verranno facendo in seguito.

Talvolta le parti sono libere di agire in giudizio da sè stesse o per mezzo di procuratori. In altri casi il ministero del procuratore è obbligatorio. Esso occorre sempre nelle liti in materia civile innanzi ai tribunali ed alle corti d'appello; è facoltativo nelle liti in materia commerciale, davanti i tribunali soltanto. Davanti i pretori ed i conciliatori si può comparire a mezzo di procuratore legalmente eser-

Digitized by Google

cente, od anche di altro mandatario debitamente autorizzato con procura generale o speciale (art. 156 cod. di proc.). Davanti la corte di cassazione è obbligatorio il patrocinio di un avvocato iscritto nell'albo di quella magistratura (art. 522 cod. cit.) o di un professore di diritto di una delle università del regno (art. 15 legge 8 giugno 1874), munito di mandato speciale. Per le amministrazioni dello stato queste regole sono sostituite dalla disposizione dell'art. 8 del r. d. 16 gennaio 1876, a mente del quale gli avvocati erariali e i loro delegati, a cui per l'art. 7 dello stesso decreto è esclusivamente affidato il patrocinio delle cause dello stato, non hanno bisogno di procura per rappresentare le amministrazioni in giudizio, ma basta che consti della loro qualità. L'ultimo capoverso del citato art. 8 stabilisce inoltre che dinanzi ai pretori ed ai conciliatori le amministrazioni possono essere rappresentate dai propri funzionari che siano per tali riconosciuti. È da ritenere però che queste disposizioni non deroghino dal bisogno di un mandato speciale, quando si tratta di compiere un atto di procedura per cui la legge espressamente lo richieda (deferire, riferire, od accettare giuramenti, far dichiarazioni di terzo, ecc.).

Il mandato di cui abbisognano i procuratori e gli altri mandatari delle parti deve essere presentato in giudizio, siccome è stabilito per ciascuna forma di procedimento. Esso deve essere in forma autentica o per iscritto privato autenticato nelle firme (1). Le amministrazioni dello stato nei casi in cui occorre, lo rilasciano semplicemente munito della firma del rispettivo capo e del sigillo d'uffizio (art. 48 cod. di procedura).

Non è necessaria la presentazione del mandato quando l'avvocato o il procuratore sottoscrive un *ricorso* a sensi del capoverso ultimo dell'art. 50 del codice. È però abusiva la pratica secondo la quale i ricorsi in sede di giurisdizione volontaria sono, in molte provincie, sottoscritti dai soli procuratori e non anche dalle parti. Quando manca la sottoscrizione di queste, crediamo che sia indispensabile il mandato autentico.

47. L'atto introduttivo del giudizio è di regola la *citazione*. Per essa non occorre il ministero del procuratore, ma si fa direttamente dall'usciere sulla richiesta della parte, pur non essendo escluso che

(1) Davanti ai collegi dei *probi viri* istituiti con la legge 15 giugno 1893 le parti debbono comparire personalmente; in caso di malattia o di giustificata assenza possono farsi rappresentare da persona della propria famiglia, o da un operaio o industriale della rispettiva classe. Il mandato non esige forme speciali, bastando che ne sia data la prova in modo ritenuto dall'ufficio sufficiente (art. 32 della legge).

Digitized by Google

questa, per sua maggiore cautela, incarichi il procuratore di dirigerne la compilazione.

Gli atti coi quali le parti, di seguito alla citazione svolgono e deducono in giudizio le rispettive ragioni, istanze e difese, hanno il nome di *comparse* e vengono comunicate fra i procuratori o fra le parti mediante notificazione eseguita dall'usciere, o in altra forma stabilita dalla legge.

Le istanze che le parti presentano al giudice per ottenere quei provvedimenti che possono essere dati senza contraddittore hanno nome di *ricorsi.*

Hanno nome di *processi verbali* gli atti formati coll'intervento delle parti o dei loro procuratori, e coll'assistenza del cancelliere (art. 53), sotto la direzione del magistrato, per accertare un fatto il quale si svolge alla presenza del medesimo e per serbarne memoria e prova, onde giovi poi alle parti nel successivo corso della lite. Si fanno processi verbali per raccogliere le risposte ad un interrogatorio, le deposizioni dei testimoni, la prestazione di giuramento della parte o del perito, per stabilire i risultati di un accesso giudiziale, per attestare quanto fu detto e fatto in un'udienza, per rilevare lo stato di un documento impugnato di falso, ecc. In taluni casi è ammesso che le autorità giudiziarie abbiano da assumere informazioni od accertare fatti sovra istanza di un cittadino e senza contraddittorio di altre parti; anche in simili evenienze si deve redigere processo verbale (art. 51).

Vi sono altresì processi verbali eretti solamente dai cancellieri in presenza di una o più parti, ricevendone dichiarazioni o accertandone atti determinati, in conformità al loro ministero. Ve ne sono altri eretti dagli uscieri; questi servono principalmente ai procedimenti d'esecuzione forzata.

I processi verbali, siano essi ricevuti dai cancellieri (compresi quindi anche quelli che si fanno sotto la direzione del giudice), lo siano dagli uscieri, nella cerchia delle rispettive attribuzioni, hanno sempre carattere di atti pubblici e loro viene attribuita la fede relativa.

48. Nel corso del giudizio occorrono poi non pochi altri atti, di diverse specie, la nomenclatura dei quali non gioverebbe allo scopo della rapida rassegna che qui andiamo facendo. Rimettiamo quindi la designazione loro alle particolari trattazioni successive, avvertendo sin d'ora che una serie di atti che hanno nomi e caratteri speciali serve a quella fase del giudizio che ha il nome di procedimento esecutivo.

49. Per una grandissima quantità di atti giudiziali, fra la citazione e la sentenza, o fra questa e la consumazione del processo ese-

Digitized by Google

cutivo, è richiesta dalla legge la formalità della notificazione la quale consiste: *a*) nella consegna che si fa ad opera dell'usciere di un esemplare dell'atto giudiziario di cui si tratta, ad una delle parti od a chi la rappresenta, sovra richiesta dell'altra parte o del suo rappresentante; *b*) nel rilascio d'un certificato firmato dall'usciere, steso appiedi o in continuazione dell'atto notificato, in cui egli fa fede della eseguita consegna, colla data della medesima e con tutti gli altri particolari che servono ad identificarla e specificarla.

A questo effetto un atto giudiziario soggetto a notificazione deve essere redatto in tanti esemplari o copie quante le parti, compresa pure quella a richiesta della quale è notificato, poichè uno degli esemplari, munito del certificato di notificazione è ad essa restituito dall'usciere, per prova di averla eseguita. Il certificato è steso e firmato dall'usciere anche a piedi di ciascuna delle copie consegnate alle altre parti.

Ma come si eseguisce la notificazione? Lo scopo della medesima essendo di portare un atto a conoscenza della parte intimata, è mestieri che essa consista in alcuna formalità atta a produrre un grado non discutibile di certezza; la quale però, come ogni cosa umana, non può esser assoluta, ma proporzionata ai mezzi di cui nelle relazioni sociali è possibile disporre, pur dovendo essere la maggiore con quelli compatibile. Indi è che la *consegna* effettiva dell'atto dalla mano dell'usciere alla mano dell'intimato rappresenta la forma di notificazione più squisitamente certa, quella che la legge antepone a tutte e distingue col nome di notificazione *in persona propria*. Non sempre però essa è possibile, dovendosi prevedere il caso che l'usciere non trovi la persona, malgrado la cerchi con diligenza nei luoghi dove è ragionevole cercarla. E se la legge prescrivesse come indeclinabile la notificazione *in persona propria*, egli è evidente che ogni debitore, ogni obbligato, renderebbe presto impossibile l'iniziamento e la prosecuzione degli atti di giudizio a suo carico sottraendosi alle investigazioni dell'usciere.

La *ricerca* della persona è dunque capitale condizione per eseguire le notificazioni; il *rinvenimento* di essa è accessorio, purchè la ricerca sia fatta con la diligenza dovuta. Quindi la legge impone che le notificazioni in generale siano fatte *personalmente;* ciò non significa *in persona propria*, ma dietro *ricerca* nei luoghi stabiliti (residenza, domicilio, dimora), e mediante *consegna* in uno di questi luoghi, alla persona stessa se si trova, o ad un individuo di famiglia, ad un vicino, ecc., se non si trova. In questi casi la notificazione è sempre diretta alla persona dell'intimato e perciò dicesi la medesima eseguita *personalmente;* il certificato dell'usciere deve contenere la menzione

Digitized by Google

della ricerca fatta e del suo risultato, con l'indicazione del consegnatario dell'atto, affinchè la regolarità della notificazione possa essere sempre controllata. Le norme particolari per eseguire le notificazioni alle parti personalmente sono stabilite dal codice in forma specifica ai riguardi dell'atto di citazione (v. nn. 217, 218). Esse servono di norma per ogni altra notificazione, come è espressamente dichiarato nell'art. 39 (1).

50. La certezza della notificazione è parimenti assicurata, quando invece di ricercare la parte nel luogo dove secondo il suo stato e le sue abitudini è più probabile che si trovi, l'atto le sia notificato in quello da essa indicato espressamente all'uopo. L'indicazione viene fatta mediante la *elezione speciale di domicilio*, contemplata dall'articolo 19 del codice civile. Questa deve risultare da un atto scritto qualunque e può essere stabilita in occasione di un contratto, od anche indipendentemente da esso, per qualunque altro rapporto giuridico. Nei riguardi processuali vuolsi però distinguere la elezione di domicilio fatta semplicemente *in un comune* (diverso da quello dove si ha il domicilio civile) da quella fatta pure in un comune (che può essere il medesimo in cui si ha il domicilio civile), con designazione di persona o di uffizio presso cui s'intende effettuarla. Nel primo caso manca un luogo speciale in cui cercare la persona o un consegnatario che possa ricevere in vece sua la notificazione; quindi l'elezione non s'intende fatta che allo scopo di determinare la competenza. Nella seconda ipotesi, in correlazione alla volontà presunta nell'eleggente il domicilio, gli atti si hanno come regolarmente notificati mediante consegna alla persona od al titolare dell'uffizio presso cui si elesse domicilio. Costoro, cioè, si considerano quasi come sostituiti alla persona dell'intimato e si seguono in loro confronto le regole stabilite per la notificazione da farsi *personalmente*. Se cessa l'uffizio, o la persona presso cui il domicilio fu eletto si trasferisce in altro comune, ovvero muore, cade l'effetto della indicazione e resta la semplice elezione nel comune. Inutile soggiungere che le notificazioni sono ad ogni modo fatte al nome ed all'indirizzo del reale intimato. Solo nel certificare la consegna l'usciere accenna di averla eseguita nel domicilio elettivo, con le altre indicazioni prescritte (art. 40 e 140).

(1) In alcune leggi processuali (Svizzera, Austria, Germania, ecc.), la trasmissione degli atti a mezzo postale, con opportune cautele e discipline, è ritenuta idonea a supplire la consegna per mano d'usciere. Questo sistema non seppe ancora imitare il legislatore italiano. Giace sepolto negli archivi della camera dei deputati un progetto ministeriale del 1891, col quale era proposta la introduzione della utilissima riforma; esso però, con la complicazione delle formalità burocratiche, ne sminuiva immensamente i pregi.

Digitized by Google

51. Il ministero dell'usciere, sebbene d'ordine esteriore, è pertanto di molta importanza, per la fede che va annessa a ciascuno dei suoi atti. L'abuso o la frode nei medesimi trarrebbero su falsa strada il magistrato e darebbero adito alle più gravi ingiustizie. Vi furono tempi in cui tali inconvenienti si verificavano quasi ogni giorno ed in ogni giudizio, costituendo una vera piaga nell'amministrazione della giustizia. Alcune legislazioni ricorsero allora allo espediente di sottoporre alla preventiva autorizzazione del giudice l'esecuzione degli atti d'usciere, facendo obbligo ancora di riferire al giudice stesso sulla loro esecuzione. Il migliore preservativo contro gli abusi è però la scelta di un buon personale d'uscieri e l'esercizio di molta sorveglianza su di loro, connessa al vincolo di una rigorosa responsabilità (1). L'interposizione del giudice fra le parti e gli uscieri ha per principale difetto di ritardare l'eseguimento degli atti; ond'è che nel nostro sistema si reputò di non introdurla (art. 41).

52. Per gli atti d'usciere è stabilito dal codice (art. 42) un orario, il cui scopo è quello di rispettare il tempo consecrato al riposo dei cittadini. Essi non possono essere eseguiti che fra le ore sette antimeridiane e le cinque pomeridiane dal 1° ottobre al 31 marzo, e dalle cinque antimeridiane alle otto pomeridiane dal 1° aprile al 30 settembre, *sotto pena di nullità*. La legge non ammette alcuna deroga al precetto così stabilito od alla sanzione che lo accompagna. Non si può dubitare quindi che qualunque atto eseguito fuori delle ore permesse, anche se sia stato espressamente autorizzato dal giudice, va dichiarato nullo. Potrà in argomento essere riputata difettosa la legge, ma fino che non sia modificata è mestieri osservarne il chiaro ed imperativo precetto. Alcune interessanti discussioni furono occasionate da sequestri conservativi eseguiti di sera sovra gl'incassi teatrali.

53. Parecchie legislazioni, a cominciare dalle più antiche, vietarono l'eseguimento di qualsivoglia atto relativo all'amministrazione della giustizia nei giorni festivi. Non così la nostra, la quale nei detti giorni (2) ha voluto concedere un certo riposo ai magistrati, dispensandoli dal sedere in udienze pubbliche (3), ma non ha tolto loro l'obbligo di prestarsi ad impartire i provvedimenti d'urgenza di cui potessero venire richiesti, come risulta dalla disposizione dell'articolo 304 del regolamento generale giudiziario e da quella correlativa del

(1) A questo provvede la legge sull'ordinamento giudiziario.

(2) Sono i giorni indicati nel r. decreto 17 ottobre 1869 e nella legge 23 giugno 1874.

(3) V. articoli 103 e 107 del regolamento generale giudiziario.

Digitized by Google

capoverso dell'art. 297 riferibile al servizio delle cancellerie. Quanto agli atti d'usciere, essi sono tutti permessi nei giorni festivi se abbiano il carattere di semplici *notificazioni;* sono vietati solamente e sotto pena di nullità quegli atti d'esecuzione forzata che venendo compiuti mediante erezione di processo verbale, nella casa di colui che ne è colpito, con assistenza di testimoni ed anche con privazione della disponibilità, e talvolta della detenzione, di beni, alterano più gravemente la quiete e l'ordine interno della famiglia. Ma il riguardo di pura umanità dovea cedere davanti agli imperiosi dettami dell'urgenza; troviamo quindi ammesso che anche simili atti, *col permesso dell'autorità giudiziaria*, possano, per causa d'urgenza, essere eseguiti in dì festivo. Il diverso linguaggio tenuto qui dal legislatore (capov. 2° dell'art. 42) conferma la più stretta interpretazione data al divieto di eseguire atti giudiziari nelle ore notturne.

54. Gli atti delle parti, eseguiti direttamente o per opera di procuratori, avvocati, uscieri, cancellieri, hanno la meta e il coronamento loro nelle decisioni del magistrato. Avanti pure di addentrarsi nell'analisi dei meccanismi del processo, è facile ad ognuno di comprendere come l'intervento attivo del giudice possa molte volte essere richiesto nel corso di un'azione, e cioè prima e per oggetto diverso che non sia il decidere in definitiva il merito della controversia. Si vuol conseguire un provvedimento preliminare alla introduzione del contraddittorio; si vuole, durante l'istruttoria, far esaminare un testimonio; occorre di stabilire se sia falso od autentico un documento su cui fondasi la domanda o l'eccezione; in queste e in moltissime altre ipotesi deggiono necessariamente venire impartiti ordini e provvedimenti dal magistrato, emanate da lui decisioni sulle controversie *incidentali* che sorgono tra le parti; e tutto ciò senza peranco definire la lite. Vi ha poi una serie numerosa di deliberazioni che il magistrato deve prendere, od in assenza di contraddittore, o fuori dalla imminenza di una lite, o dopo decisa la controversia, nella sede d'esecuzione del giudicato. La varia natura di codesti atti, la differenza di scopi e di circostanze per cui sono posti in essere, rende indispensabile una classificazione delle deliberazioni dei magistrati pel duplice intento di sceverare quelle che possono essere date in forme brevi e semplici da quelle che richieggono la guarentigia di maggiori formalità, e di conferire chiarezza al linguaggio ed alle discipline della legge intorno agli effetti, all'autorità di ogni singola specie di deliberazione, non che ai rimedi contro di esse rispettivamente conceduti o negati.

55. Nel nostro sistema di procedura le deliberazioni emanate dai giudici singoli e dai collegi giudiziari sono classificate in tre

Digitized by Google

categorie: *decreti*, *ordinanze*, *sentenze*. È questa una delle parti della legislazione che si presenta meno perfetta; in primo luogo, perchè molte disposizioni particolari, sparse nel codice e in altre leggi, indicano certe deliberazioni giudiziarie col nome di *provvedimenti*, o non danno loro nessun nome, sicchè accade di rimanere perplessi circa la categoria cui vanno ascritte; in secondo luogo, perchè, altre volte, i nomi sono applicati inesattamente; in terzo luogo, perchè delle *sentenze* manca ogni definizione nel codice e quella delle *ordinanze*, che insieme a quella dei *decreti* si legge nell'art. 50, non va esente da difetti. Nascono da tutto questo inconvenienti molteplici; e la loro gravità si sperimenta nella dottrina e nella pratica, specialmente quando si tratta di risolvere questioni relative all'uso dei mezzi di reclamo.

56. Sono *decreti*, giusta il mentovato art. 50, i provvedimenti dati dall'autorità giudiziaria sopra ricorso di una parte senza citazione dell'altra. Soggiunge il citato testo che essi vengono scritti in fine del ricorso e consegnati in originale alla parte istante.

Servono i decreti, come si vedrà a suo luogo, in particolar modo per i procedimenti di giurisdizione volontaria. Nella contenziosa non è però infrequente il loro uso; basti per il discorso nostro di avvertire che la caratteristica essenziale di tali provvedimenti sta nell'essere emanati sopra ricorso di una parte, non citata e non sentita la parte che avrebbe interesse di opporsi alla domanda. Per effetto di questo loro fondamentale requisito, che rende facile distinguerli da ogni altra specie di provvedimenti, non possono mai i decreti acquistare autorità di cosa giudicata o divenire irrevocabili; anzi non è escluso in veruna ipotesi che il decreto col quale una domanda è respinta possa essere rivocato o contraddetto dalla stessa autorità che l'ha emesso, sovra nuovo ricorso, *re melius perpensa*. Ed il decreto che accoglie un ricorso, se per caso tocca all'interesse d'un terzo e gli nuoce, potrà sempre da costui essere impugnato con discussione in sede contenziosa e quivi venire revocato o riparato.

57. Le ordinanze sono definite dal codice (articolo citato) per quei provvedimenti che si fanno *in corso di causa* dai presidenti, dai giudici delegati, dai pretori, dai conciliatori, *sopra istanza di una parte e con citazione dell'altra, o d'uffizio*. Relativamente ai giudizi *collegiali* questa definizione, sebbene fondata su elementi estrinseci serve di guida abbastanza sicura, giacchè intanto egli riesce certo che le deliberazioni *del collegio* date in sede contenziosa non sono mai *ordinanze;* ma bensì possono essere *decreti* se emanati senza previa citazione d'altre parti, o nel contrario caso, *sentenze*. Però non deve essere trascurata l'osservazione che non sempre le ordinanze, anche

Digitized by Google

nei giudizi collegiali, si danno *in corso di causa;* bensì talvolta seguono alla lite già ultimata, come se ne ha esempio nel procedimento relativo alla liquidazione delle spese (art. 375 e seg.).

Le ordinanze dei presidenti o dei giudici delegati, ora contengono semplici disposizioni esecutive sopra incumbenti intorno ai quali le parti sieno fra loro d'accordo; ora invece risolvono la controversia insorta sull'oggetto deferito a quel magistrato; ora finalmente pronunciano sulla domanda soltanto nel caso di accordo, mentre rinviano al giudizio del collegio cui appartiene il presidente od il giudice delegato, nel caso di discordia delle parti. Quando un'ordinanza risolve un punto di contestazione, essa è in generale suscettiva di *reclamo* davanti il collegio; col reclamo si inizia un giudizio *di primo grado* nella via contenziosa ordinaria. Dal che risulta come l'ordinanza sia un provvedimento quasi precario e meno autorevole della sentenza, e rappresenti, in quanto risolve una contesa, l'esercizio di una giurisdizione *interinale* di primo grado, che si rende definitiva o per mancanza di reclamo o per convalidazione datale dal collegio a cui appartiene la giurisdizione plenaria nel medesimo grado.

58. Rispetto alle ordinanze dei giudici *singoli*, ed in ispecie dei pretori, è da osservare che la definizione della legge confonde i loro caratteri con quelli delle *sentenze interlocutorie* o *provvisionali*. Il pretore infatti pronunzia sempre *da solo*, sicchè manca affatto la distinzione esteriore che è facile segno di riconoscimento delle ordinanze nei giudizi di competenza collegiale. D'altronde non può contro le *ordinanze* del pretore darsi il rimedio del *reclamo*, che verrebbe proposto allo stesso giudice dal quale è stata resa l'ordinanza e non offrirebbe perciò alcuna ombra di speciale guarentigia. Al che ponendo attenzione, la dottrina ha esattamente stabilito il principio che i giudici singoli non pronunciano mai ordinanza quando risolvono *un punto controverso* fra le parti, se pure ciò avvenga *in corso di causa*, ma bensì sempre lo decidono *con sentenza*. Solo quando le parti sieno d'accordo, o quando si tratti di dare un provvedimento interinale urgente sopra materia da decidere poi con regolare contraddittorio dall'autorità competente (*es.* art. 572 cod. di proc. e 871 cod. di comm.) e la legge autorizzi a pronunciare *ordinanza*, questa sarà proferita dal pretore o dal conciliatore. È evidente poi che nell'ipotesi di concordia fra i litiganti, il provvedimento non rimane soggetto alla possibilità d'alcun rimedio, così che in simili casi anche il giudice singolo può proferire ordinanze, nel corso del giudizio.

Diciamo in genere, *quando la legge autorizzi a pronunciare ordinanza;* poichè non sempre le deliberazioni di cui è parola vengono pronunziate *nel corso di una causa*, ovvero si riferiscono ad una causa

Digitized by Google

per la quale sia competente il pretore o il conciliatore. L'analisi diligente e minuta di tutti i casi, qui prematura, è il solo mezzo idoneo a superare gli ostacoli e dileguare le ambiguità.

59. Della *sentenza* si cerca invano la definizione nel codice; il silenzio del legislatore fu meditato, avendo egli voluto evitare gli inconvenienti nei quali caddero altre leggi, seguendo sistema diverso. Per rendercene chiara, almeno estrinsecamente, la nozione, noi dobbiamo anche qui mantenere la distinzione dei giudizi singolari dai collegiali. Riguardo alle deliberazioni dei pretori e dei conciliatori, si può dire con sicurezza che esse si debbono qualificare *sentenze* allorchè rispondono all'una od all'altra delle due condizioni seguenti:

1° se deliberano sovra un punto *controverso* fra le parti, sia pure *in corso di causa*, salvo il caso dei provvedimenti *interinali* accennati nel numero precedente, o quelli in cui la legge prescriva espressamente la pronunzia di una ordinanza (*es.* art. 438, 441);

2° se decidono *in via definitiva* una lite, o una parte di essa, anche quando le parti sieno state concordi sul tenore della decisione.

Ad illustrare le regole così esposte convengono brevissime osservazioni.

Anzitutto ogni sentenza deve essere preceduta dal contraddittorio od almeno dalla *possibilità di esso*, che è quanto dire dalla *citazione* di colui contro il quale la domanda fu proposta.

Le sentenze poi possono anche essere non *definitive*, ma semplicemente *interlocutorie* o *provvisionali*. Ma una sentenza interlocutoria o provvisionale è data dal giudice singolo solamente quando vi sia controversia; se questa manca, egli provvede con ordinanza.

60. Per i giudizi *collegiali* è con altrettanta certezza da stabilire che *tutte le deliberazioni prese in collegio* sono *sentenze*, quando siano state precedute da *contraddittorio* o da *citazione*. In caso contrario potranno essere *decreti* ma non *ordinanze*, in conformità a quanto abbiamo già osservato.

Non occorre pertanto investigare se la sentenza pronunci sovra un punto *controverso* o *concordato*. Si tratti di decisione *interlocutoria*, *provvisionale* o *definitiva*, tutte le volte che il collegio la pronunzia, essa dev'essere qualificata per sentenza.

61. Non sarà senza utilità dire in breve che cosa si intenda rispettivamente per sentenza *interlocutoria*, *provvisionale*, *definitiva*. Quando per aprire la via alla deliberazione finale su una domanda occorra una pronunzia *preparatoria* od *incidentale*, occorra cioè di ordinare determinati atti d'istruttoria, o di rimuovere una eccezione o controversia preliminare che opporrebbe un impedimento logico alla disamina del *merito* della domanda, questa pronunzia si chiama

Digitized by Google

interlocutoria (in senso lato); quando in pendenza di un giudizio occorra di dare provvedimenti di custodia, o conservazione, o di accordare per motivi di somma equità un'anticipata e transitoria esecuzione alla domanda principale o ad una parte di essa (*es.*, la domanda di assegno alimentare in pendenza di un giudizio divisionale, od altro) la pronuncia ha il nome di *provvisionale*. Le sentenze *definitive* sono per ultimo quelle che pongono termine *al giudizio;* non importa se deliberano *sul diritto*, accogliendo o respingendo la domanda giudiziale, o se lasciano sospesa la statuizione sul medesimo, accogliendo una eccezione *dilatoria del merito*, o *perentoria della procedura* (d'ordine).

62. Seguendo la pratica antica, il codice francese e quasi tutte le leggi di procedura posteriori, tennero in conto speciale la classificazione delle sentenze; vi troviamo distinte le *preparatorie*, le *interlocutorie*, le *provvisionali* e le *definitive*. Le discipline relative alla potestà, al tempo e al modo di reclamarne, e specialmente di ricorrere in appello, sono diverse per le varie specie. Non essendo però possibile conferire ai criteri distintivi un'assoluta certezza od immutabilità, niuna parte del diritto processuale fu più feconda di controversie che la qualificazione delle sentenze.

Il nostro legislatore non solo non ha definito la sentenza, ma non ha manco attribuita diversità di effetti alle differenti specie; tutte le sentenze sono appellabili, salvo i casi d'inappellabilità dichiarati dalla legge. E così dicasi quanto agli altri mezzi d'impugnarle, i quali sono a tutte comuni.

CAPO VI.

Garanzie degli atti di procedura. — Forme e termini.

63. Abbiamo già notato essere cura precipua della legislazione processuale quella di disciplinare gli atti giudiziari per guisa che siano indirizzati allo scopo di scoprire la verità; a siffatto intento stabilisce per essi la legge *forme* e *termini* che i litiganti debbono rispettare. Se nelle forme e nei termini sta adunque la garanzia del procedimento, non è di lieve momento la loro osservanza, nè può essere lasciato all'arbitrio delle parti di concedere ossequio a loro talento alle discipline rituali. Le sanzioni delle forme e dei termini di procedura stanno rispettivamente nelle *nullità* e nelle *decadenze;* non è certo mestieri diffondersi in maggiori preliminari per dimostrare l'importanza di questa parte del nostro studio.

64. È a dire in primo luogo delle *nullità*. La nullità di un atto, dipendente dalla mancata osservanza delle forme per esso desi-

Digitized by Google

gnate dalla legge, consiste nel considerarlo come inesistente, ed improduttivo degli effetti giuridici a cui era destinato. Un primo e superficiale esame dell'argomento guiderebbe ad accogliere una teoria molto severa. Dal momento che tutte le regole del codice di procedura hanno un fine coincidente con le mire della giustizia, qualunque trasgressione alle medesime dovrebbe rendere privo d'effetto e quindi nullo l'atto viziato. Tanto rigore, che non è ignoto alla storia dei sistemi processuali, si presenta per sè eccessivo, giacchè vi sono circostanze nelle quali i vizi di un atto non gli impediscono di raggiungere lo scopo suo; d'altronde, fra le norme del procedimento, altre sono introdotte a guarentigia dell'ordine pubblico, altre meramente per la protezione del particolare interesse dei contendenti, i quali, per quanto concerne queste ultime, ben possono rinunciare alla più severa protezione della legge. Parve anzi ad alcuni legislatori di non dover neppure fare una simile separazione; ed ammisero che concorrendo motivi d'equità o il consenso delle parti, tutte le infrazioni alle leggi di procedura, relative ai termini ed alle forme, potessero ottenere sanatorie. Tale il sistema che la legislazione austriaca, anche nel nuovo codice di procedura civile (§ 146 e segg.), accolse mediante l'istituto della *restituzione in intero*. Esso però favorisce, se non la mala fede, almeno la negligenza e la protrazione all'infinito delle controversie, lasciando soverchia larghezza all'arbitrio del giudice. Il nostro legislatore si volle tener lontano da entrambi gli estremi, ponendo il principio fondamentale che *non tutti* i vizi di forma degli atti subiscano la sanzione della nullità.

65. Ma quali saranno i casi in cui questa sanzione deve andare applicata? Qui il problema rendesi più grave. Perchè da un lato non si può lasciare senza freno nè direttiva la discrezione del magistrato; da altro lato il legislatore non è in grado di porsi innanzi un quadro completo di tutte le infinite combinazioni, per le quali gli atti di procedura sono esposti a cadere in qualche vizio od omissione, e dichiarare tassativamente caso per caso tutte le possibili nullità. Imitando l'esempio dei codici sardi (1), il nostro ha superato felicemente il formidabile ostacolo. Esso distinse, come avverte la relazione Pisanelli, gli elementi *accidentali* degli atti da quelli *essenziali*.

(1) Codice sardo 1854, articoli 1120 a 1125; codice 1859, articoli 1156 a 1161. Meno complete le disposizioni degli articoli 1029 a 1031 del codice francese, i cui interpreti però adottarono nella sua integrità il sistema che si sta qui esponendo. I codici sardi ebbero per modello in questa parte il codice parmense, articoli 152 a 159. Si possono vedere anche e confrontare le disposizioni dei codici napoletano (art. 1105 a 1107), toscano (art. 1125), estense (art. 116), e del regolamento gregoriano (§§ 408 a 411).

Digitized by Google

« L'essenza degli atti di procedura (leggesi nella relazione) si determina dalla loro natura e destinazione. Un atto in cui mancano gli *elementi*, senza dei quali degenera in una *natura essenzialmente diversa*, o mancano le *condizioni*, ossiano i *mezzi necessari* per raggiungere lo scopo, al quale sia predisposto ed ordinato dalla legge, manca della *forma essenziale* ». Quanto alle formalità accidentali, esse consistono in quella « *serie di accessorie garanzie e precauzioni* », che, in correlazione alla specie ed all'importanza di ogni singolo atto, sono rispetto ad esso stabilite, « *sempre allo stesso scopo, quello d'impedire errori e pericoli funesti per gli interessi dei cittadini* ».

66. Le formalità *accidentali*, come ben nota il lodato Pisanelli, sono sempre *utili;* ma sono esse del pari sempre *necessarie?* Non si potrebbe ammetterlo senza contraddire al più ovvio suggerimento della ragione. La pena della nullità non sarà dunque giustamente minacciata per ogni loro omissione, ma soltanto per le omissioni di quelle *necessarie.* Ma poichè la determinazione delle formalità accidentali di un atto non deriva dalla sua natura stessa, bensì dalla prudenza e dal senno del legislatore, è a questi che spetta di graduarne l'importanza. E discernendo quelle che reputa *semplicemente utili* da quelle che hanno nella mente sua il carattere di *necessarie*, il legislatore *comminerà espressamente* la nullità per la omissione di queste ultime, e la comminatoria servirà appunto per distinguerle.

Le formalità *essenziali*, d'indole e di fisonomia mutabili, non hanno bisogno di essere dal legislatore enumerate e dichiarate rispetto ad ogni singolo atto di procedura. Anzi questa impresa sarebbe di esecuzione impossibile come sarebbe impossibile prevedere tutti gli aspetti che possono assumere e gli scopi a cui possono tendere gli atti giudiziari. Qui il criterio del giudice avrà migliore guida dall'esame obbiettivo dell'atto che da qualunque precetto legislativo. Codesto esame, col rivelargli lo scopo che esso deve raggiungere, gli dirà di quali elementi essenziali deve comporsi; e se taluno ne manchi, la legge gli addita, colla comminatoria di nullità da essa genericamente espressa, il giudizio che dovrà pronunciare.

In conclusione: gli atti giudiziari sono *nulli* per difetto di formalità accidentali, quando la legge *esprima* tassativamente la relativa comminatoria; *possono essere annullati* per difetto di formalità essenziali, quando il giudice constati la mancanza di queste mediante apprezzamento dell'atto e del suo effetto.

Tale il sistema compendiato nell'articolo 56 (primo e secondo alinea). Si noti la diversità delle formole usate: a proposito delle formalità *accidentali* il giudice *pronunzia la nullità;* vale a dire

Digitized by Google

egli dichiara che l'atto è *nullo* per sè, a cagione del vizio che lo affetta; a proposito delle *essenziali*, il giudice *può*, pel difetto di esse, *annullare* l'atto; la nullità deriva pertanto dalla dichiarazione del magistrato. Questo linguaggio serve egregiamente a scolpire i tratti fondamentali del sistema. Una osservazione è da soggiungere: la legge dice che gli atti, pel difetto di formalità essenziali, *possono* essere annullati, non già che sempre *debbano* esserlo. Il senso *facoltativo* della locuzione è rivolto a significare che al giudice è lasciata una certa latitudine per valutare la realtà del difetto denunziato e dedurne la ragione dell'annullamento in relazione alle conseguenze pratiche che il difetto medesimo ha prodotte. In altre parole, il magistrato non *deve* annullare un atto appena vi ravvisi mancare un elemento che secondo ragione egli reputa essenziale allo scopo dell'atto medesimo; ma deve esaminare se in forza di quel difetto l'atto rimase realmente inetto a produrre quel risultato processuale a cui era destinato; e soltanto dopo essersi di ciò accertato *può* pronunziarne (e allora *lo deve*) l'annullamento.

67. La materia delle nullità non è di tal maniera completamente disciplinata, richiedendosi ancora la soluzione di altre questioni.

Il difetto di qualche elemento accidentale od essenziale, capace di indurre in nullità un atto, pone in obbligo il giudice di farne rilievo e di applicare senz'altro la sanzione comminata dalla legge?

Decidendo in via affermativa su questo punto, il legislatore si sarebbe posto in contraddizione palese coi principii informatori del codice in generale e del sistema delle nullità in particolare. Di regola, le garanzie giudiziarie sono offerte ai cittadini e messe alla loro disposizione perchè se ne valgano a difesa dei propri diritti, se e come lo giudicano conveniente. D'altronde è provveduto, come esponemmo, a che niuno incapace sia esposto senza valida rappresentanza od assistenza alle difficoltà della lotta in giudizio. Dovea quindi prevalere anche qui l'influenza di codeste capitali considerazioni (capov. ult. dell'art. 56). La legge predispone le comminatorie di nullità a presidio dei litiganti; a costoro il còmpito e la libertà di profittarne. Onde la massima che niuna dichiarazione di nullità possa essere pronunciata *se non sopra domanda di parte*. Tuttavia, già lo notammo, talune formalità sono stabilite a tutela dell'ordine pubblico, cioè a pubblica guarentigia della retta amministrazione della giustizia civile: per queste una ragione superiore impone che il loro rispetto sia indipendente dal beneplacito dei litiganti. Ma, ad evitare il pericolo di abusi, una formalità non si intende compresa in siffatta categoria se non risulti esplicitamente che il legislatore ve

Digitized by Google

l'ha ascritta. E però, quelle sole nullità potranno, in omaggio all'ordine pubblico, essere dichiarate *d'uffizio*, cioè *senza domanda di parte*, per le quali la legge ne abbia fatto obbligo al magistrato. Valga d'esempio il divieto di proporre *domande nuove* in grado di appello, che è espresso nell'art. 490, per mantenere l'osservanza del doppio grado di giurisdizione, oggetto che interessa la giustizia in generale; sì che deggiono simili domande venire respinte anche d'uffizio.

In un'altra ipotesi, ancora, il giudice dichiara le nullità, nel concorso delle necessarie condizioni, senza domanda di parte. E ciò precisamente nel caso di contumacia; del che ci riserviamo di trattare a suo tempo (art. 192).

68. Per proporre una domanda di nullità, al pari che per qualsivoglia diversa istanza od eccezione, occorre l'*interesse*. Questo estremo non si verifica in tre casi: 1° quando una formalità sia stabilita dalla legge a protezione speciale d'una delle parti (dell'attore o del convenuto, di un litigante minorenne od altrimenti incapace, ecc.) e l'altra intendesse opporne la violazione o l'omissione; 2° quando la nullità venisse opposta da quella stessa delle parti che vi ha dato causa (1); 3° quando l'interessato legittimo la opponesse dopo avervi già validamente rinunciato in modo espresso o tacito.

In ciascuno di questi casi è esclusa dal codice, con espresso divieto (art. 57), la dichiarazione della nullità. Dobbiamo però tener presente che la regola, evidentemente giustissima, non concerne quelle nullità che devono essere pronunziate anche *d'uffizio*, poichè l'obbligo del giudice non vien meno rispetto ad esse per le circostanze suaccennate.

69. Qual è l'effetto della nullità dichiarata, sia relativamente alla procedura a cui appartiene l'atto nullo, sia sopra l'atto medesimo?

Essendo la procedura costituita da una serie di atti, è chiaro che quello nullo può averne di antecedenti e di consecutivi. È altresì logicamente perspicuo che un atto non può congiungersi con effetto a quelli che lo precedettero, se non in quanto sia valido. Ove sia nullo, cioè come non eseguito, lascia questi intatti ed impregiudicati. Quanto ai consecutivi, convien distinguere: od essi *dipendono* dal-

---

(1) A prevenire equivoci si ripete che le regole esposte concernono solamente le *forme degli atti processuali*. Per quel che riguarda i diritti *in loro stessi* ed in particolare la *capacità di agire* e *le forme degli atti contrattuali*, sonovi nullità relative, che possono essere, per espresse disposizioni di legge, opposte solamente *da chi vi ha dato causa* (articoli 137, 227, 322, 335, 341 cod. civ.) ed altre assolute opponibili anche dai terzi (art. 1314 cod. civ., ecc.).

Digitized by Google

l'atto dichiarato nullo, ed allora è forza che ne seguano la sorte, non potendo da un atto nullo acquistare consistenza e validità atti ulteriori (*quod nullum est, nullum producit effectum*). Se sono *indipendenti*, giustizia vuole che conservino la loro efficacia. Suppongasi che dopo aver fatta assumere una prova testimoniale sovra un punto di controversia, si porti in giudizio un documento che dia la prova del medesimo fatto; e che poi la prova testimoniale sia, per un motivo qualunque, dichiarata nulla. Forse che rimarrà infirmata per questo la validità della presentazione posteriore del documento? No, perchè si tratta di atto indipendente da quello annullato. Se invece supponiamo che sia dichiarata nulla la citazione introduttiva del giudizio, cadranno insieme ad essa tutti gli atti che l'hanno seguìta, essendo la citazione il fondamento od il punto di partenza di tutto il processo, il quale perciò dipende da essa con vincolo indissolubile (art. 58).

70. A proposito dell'atto che viene dichiarato nullo, abbiamo solamente da ricercare se possa o no il medesimo venire poi in valida forma rinnovato. Per poco che si rifletta è agevole intendere che la nullità processuale è pena contro il vizio di forma; essa può impedire che l'atto serva a far valere il diritto od a portare all'esercizio dell'azione quel contributo cui era destinato; ma non deve *estinguere il diritto*, poichè codesto eccederebbe dai naturali e giusti confini della sanzione. Anche i legislatori che accolsero la massima di ritenere causa di nullità qualunque contravvenzione alle leggi di procedura, si guardarono bene dal cadere in una simile esagerazione quanto alle conseguenze della nullità. È così che tanto nel § 408 del regolamento gregoriano, come nel capoverso dell'articolo 58 del nostro codice trovasi ugualmente stabilito che l'atto nullo *può di regola essere rinnovato;* e così è stato ammesso senza differenza in tutti i sistemi di procedura. Vien fatta per altro una eccezione, che il nostro codice al pari di altri espressamente dichiara: e cioè, la rinnovazione dell'atto non può aver luogo *se sia frattanto trascorso il termine perentorio per farlo.* Che cosa significhi la designazione di « termine perentorio », lo vedremo subito qui appresso. Per chiarire il senso della disposizione basti un esempio. La legge stabilisce che non si possa appellare se non dentro un termine perentorio a partire dalla notificazione della sentenza. Se la citazione d'appello fatta dentro il termine è nulla, essa si considera come *non fatta*, quindi non v'è appello. *Prima che il termine scada* potrà tuttavia esserne fatta *un'altra nuova;* ma *dopo scaduto il termine*, a cagione della perentorietà sua, non è più possibile l'esercizio di codesta facoltà.

71. Le *spese* di un atto nullo deggiono stare a carico di chi lo ha posto in essere. Questa è una massima che il nostro codice

Digitized by Google

non ha nemmeno reputato necessario di sancire in apposita disposizione, che pur in altri si trova, dovendosi dedurla dalle norme generali relative alle spese di giustizia. Ma se in particolare la nullità di un atto o di un procedimento dipenda dal fatto o dalla negligenza di un cancelliere od usciere, si è trovato cauto di stabilire in termini formali che debbano le spese starne a loro carico. La legge parla di *nullità imputabili*, onde ricorrono qui le regole comuni del dolo e della colpa. Notisi che in pratica, specialmente rispetto agli uscieri, la questione del limite della loro responsabilità è molto delicata; imperocchè non sempre gli atti di loro ministero sono da essi medesimi redatti; di ciò torneremo ad occuparci parlando della citazione. L'art. 59, dopo aver fermata la sanzione ora detta, vi aggiunge la comminatoria di una pena pecuniaria da lire dieci a lire centocinquanta, oltre il risarcimento dei danni alle parti. Il testo citato parla di *ufficiali* in via generica; sotto questo nome però non si ponno ritener compresi i procuratori *ad lites*, essendo chiara nel vicinissimo articolo 61 la distinzione fra *ufficiale* (cancelliere od usciere (1)) e *procuratore;* il che non toglie che i procuratori siano verso i loro clienti responsabili e pei principii che regolano il *mandato* e per le disposizioni degli art. 1151 e 1152 del codice civile.

72. Detto delle *forme* rimane a toccare dei *termini*. Essi costituiscono guarentigie di procedura sotto vari e differenti aspetti. Anzitutto la giustizia esige che le liti abbiano un corso sollecito ed una definizione abbastanza pronta, compatibilmente colle speciali esigenze del loro oggetto e del loro svolgimento. Onde i termini apposti al compimento dei singoli atti del processo giovano intanto ad impedire che la mala volontà o l'incuria dei procuratori o dei giudici rendano eterne le controversie con grave iattura degli interessati. In secondo luogo, essa esige del pari, che una parte non assalga l'altra e la stringa precipitosamente coi propri atti senza lasciarle uno spazio di tempo congruo per preparare ed esporre le sue difese, non meno all'esordio che nelle fasi ulteriori del litigio. Così i termini servono a prevenire il sopruso e l'insidia. In terzo luogo è ancora nelle necessità di una buona giustizia che l'uso di certe facoltà processuali sia limitato nel tempo e che l'indugio al di là del limite fissato tolga il diritto di spiegarle. La più importante applicazione ne abbiamo

(1) Si avverta che l'applicazione del titolo di *ufficiali* anche ai *cancellieri* non consuona al linguaggio dell'art. 6 della legge sull'ordinamento giudiziario, che lo appropria agli uscieri esclusivamente. Una improprietà simile, e più grave, è ripetuta nell'articolo 212, in cui col titolo di *ufficiali* sono designati anche i *magistrati*.

Digitized by Google

nei termini per impugnare le sentenze, trascorsi i quali sorge l'autorità della cosa giudicata, coi suoi gravissimi effetti che nessuno ignora.

I termini dunque sono, quanto allo scopo per cui vengono stabiliti, di tre sorta: termini *dentro i quali* deve essere compiuto un atto (*comminatorî*); termini *dopo i quali* può un atto venire eseguito (*dilatorî*); termini dopo i quali *non può ulteriormente* essere eseguito (*perentorî*).

La differenza tra la seconda specie e le altre due è troppo rimarchevole per aver bisogno di spiegazioni. Quella fra i termini *comminatorî* ed i *perentorî* consiste, come pur facilmente si rileva, soltanto nell'effetto della *decadenza* che fa seguito ai secondi ma non ai primi. In proposito di che basta avvertire che il legislatore assegna i termini come *comminatorî* o come *perentorî*, non già ad arbitrio, ma bensì tenendo conto dello scopo che occorre di conseguire in relazione all'atto di cui si tratta. Quando un termine è semplicemente *comminatorio*, la parte a vantaggio della quale è istituito può renderlo in certa guisa *perentorio*, facendo essa, tosto scaduto il termine, gli atti che ha facoltà di eseguire, e così chiudendo per l'avversario il periodo utile ad eseguire l'atto suo proprio. Che se essa a ciò non s'affretti, il periodo utile per il suo avversario rimane ancora aperto, sino al giorno in cui rendendosi diligente la parte interessata, ne operi la chiusura. Il termine *perentorio* si chiude invece *da sè stesso*, vale a dire senza bisogno d'alcuna diligenza della parte che se ne avvantaggia.

73. La inosservanza di un termine perentorio dà luogo a più gravi conseguenze. L'articolo 46 dopo aver data una nozione generale in proposito, statuendo che sono perentorî i termini *scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità*, fa espresso divieto all'*autorità giudiziaria* di *prorogarne la durata*, salvi i casi eccettuati dalla legge. Tale divieto serve a mantenere intatto il carattere della perentorietà. Da questa stessa disposizione del citato articolo è dunque additata la distinzione di due classi di termini perentorî: quelli *prorogabili* e quelli *non prorogabili*. Può sembrare che la *prorogabilità* contraddica all'effetto perentorio del termine. Ma l'osservazione è prevenuta dalla legge medesima, la quale (art. 47) permette che siano accordate proroghe, quando la natura del termine lo consente, soltanto *innanzi la scadenza* del suo periodo normale. Questo scaduto, la decadenza o la nullità si è verificata e di proroga riescirebbe assurdo parlare.

Inoltre vuole la legge che la minaccia di decadenza o nullità non sia una vana parola, neppure rispetto ai termini *prorogabili*. E quindi

Digitized by Google

essa non concede in via ordinaria che la facoltà di una sola proroga. La seconda proroga soltanto può essere consentita dietro *giustificazione di forza maggiore* (1) *dichiarata nel provvedimento di proroga*, ovvero in virtù di consenso dato *dalle parti*, non per mezzo dei procuratori, ma *personalmente* (cioè a dire, anche mediante un mandatario *speciale*). Al di là della seconda, non si ammettono mai altre proroghe.

74. Siano prorogabili o non prorogabili, i termini perentori si intendono, per regola, al pari delle forme di procedura, stabiliti nell'interesse delle parti. E al dominio del privato interesse appartiene conseguentemente la potestà di invocare le *decadenze* che sono di codesti termini la sanzione. Pertanto se un atto fosse stato compiuto al di là del termine perentorio o prorogato, ma la parte interessata non facesse istanza per la dichiarazione di decadenza o nullità, questa non potrebbe dal giudice essere pronunziata. Le eccezioni sole ammesse, i casi cioè nei quali il giudice deve pronunziare *d'uffizio* la decadenza, sono costituite dai termini che vengono fissati per considerazioni *di ordine pubblico;* spetta quindi al legislatore di specificare quali essi siano: ed a simiglianza di quel che si è detto per le nullità è da concludere anche qui che le decadenze non ponno essere pronunziate *d'uffizio* se non *quando la legge lo dichiari.*

Questa regola è scritta nell'ultimo capoverso dell'art. 56, dove appunto si comprendono in una medesima e sola proposizione le nullità e le decadenze (2).

75. Vi sono termini, la decorrenza dei quali deve essere calcolata secondo regole speciali stabilite dalla legge. Ma, nel maggior numero dei casi, i termini, di qualunque specie essi siano, hanno per punto di partenza la notificazione di un atto. I termini del procedimento civile sono poi quasi tutti misurati *a giorni*, od eccezionalmente *ad ore*. Il codice di procedura francese (art. 1033) dichiara, circa il loro computo, che il giorno della *notificazione* al par di quello della *scadenza* devono essere esclusi dal calcolo relativo alla durata del termine. Pertanto qualora sia prescritto che la citazione assegni

---

(1) Intendasi con Ulpiano quella forza maggiore che *nullum humanum consilium praevidere potest.*

(2) Importa di non dimenticare che quando la legge prescrive al giudice di emettere una determinata pronunzia *anche d'uffizio*, ciò significa che egli *ha l'obbligo* di emetterla, e che trascurando tale obbligo viola la legge, senza poter addurre per giustificazione il silenzio delle parti. Queste hanno diritto, pertanto, di reclamare contro l'omessa dichiarazione di una decadenza che doveva essere rilevata d'uffizio, anche se l'anteriore silenzio da esse serbato avesse lasciato supporre che non intendessero giovarsi dell'eccezione.

Digitized by Google

al convenuto il termine di dieci giorni per comparire in giudizio, questi saranno liberi ed interi e la comparizione (*dies ad quem*) seguirà effettivamente nel dodicesimo giorno cominciando a contare da quello della notificazione (*dies a quo*).

Accolta dal legislatore delle Due Sicilie e dal sardo del 1854, la regola predetta non piacque ai redattori del codice del 1859, i quali (art. 1141) dichiararono che il giorno *della notificazione* (*dies a quo*) non si debba mai computare nel termine. Il codice patrio, nell'art. 43, *mutatis verbis* ripete simile regola. È perciò da pensare, insieme alla generalità degli interpreti, che secondo i due codici ora nominati, nel calcolo dei giorni che costituiscono il termine si comprenda il *dies ad quem*. Su di che non manca qualche discussione, specialmente in relazione ai termini da assegnarsi per comparire in giudizio; prevale tuttavia, anche per questi, l'opinione qui enunciata.

Il computo dei termini *a ore* si fa con uguali norme di quello dei termini *a giorni;* tale essendo la espressa volontà del legislatore (citato art. 43).

76. In coerenza alla massima stabilita per l'eseguimento di atti giudiziari nei giorni festivi (n. 53), il nostro codice stabilisce pure che tali giorni sono computati nei termini (ultimo capoverso del citato articolo 43). Nelle legislazioni su cui si modellò principalmente la nostra (1) era disposto che il giorno festivo non entrasse nel calcolo quando fosse l'ultimo del termine, nel quale caso si intendeva questo compiuto col primo giorno non festivo susseguente. Più logica, ma forse non del tutto scevra da inconvenienti, e non pienamente opportuna, è la nostra regola. Essa dà luogo a qualche necessaria deroga nella sua applicazione; così, per esempio, nella ipotesi che scada in giorno festivo il termine della prova testimoniale, nel qual caso torna applicabile la disposizione dell'art. 44 accennata qui appresso (n. 78 in fine),

77. È infine statuito, nell'articolo 45, che i termini i quali si partono da una notificazione, decorrono anche contro colui che ha fatto istanza perchè la notificazione sia eseguita, salve le eccezioni espresse nella legge. Siffatta regola è stata prima accolta nel codice

---

(1) Codice sardo 1854, art. 1104; id. 1859, art. 1152; codice francese, art. 1033 (testo riformato colla legge 3 maggio 1862). Il codice parmense disponeva invece (art. 163) che i giorni festivi si calcolassero in qualsivoglia atto e per qualsivoglia termine, a meno che la legge avesse stabilito essere il termine formato da soli giorni *utili*, fra i quali i festivi non entravano, per non essere di regola permesso nei medesimi alcun atto giudiziario (art. 170). Anche per la nuova legge di procedura civile austriaca del 1° agosto 1895, il termine si aumenta di un giorno quando l'ultimo sia festivo (§ 126).

Digitized by Google

parmense (art. 167) e nel sardo del 1859 (art. 1144) ed è di tutta giustizia, assicurando fra i litiganti perfetta parità di trattamento. Essa corregge il sistema del codice francese (art. 443), per il quale il termine ad appellare *incomincia* colla notificazione della sentenza per quanto concerne la persona alla quale è la medesima diretta, mentre per il notificante esso *si chiude* in quel momento stesso, a meno che egli faccia espressa riserva o protesta per salvare il diritto processuale vincolato a quel termine. Talvolta pertanto la nostra regola segna un vantaggio per il notificante, tal'altra si converte per lui in un onere, obbligandolo a compiere determinati atti nel termine di cui col fatto proprio ha segnato il decorrimento.

Nasce un dubbio sul modo di applicare l'articolo 45 quando si tratti di notificare un atto a più persone e le notificazioni singole avvengano in giorni diversi. Da quando incomincia a decorrere il termine per ciascuno dei notificati? da quando per il notificante? La risposta più sicura ci sembra la seguente: Se l'atto da eseguire nel termine o dopo il termine è di tal natura che tutti i notificati vi abbiano un interesse *indivisibile*, o che i suoi effetti non possano rispetto alle parti venire separati, il termine comincierà a decorrere rispetto a tutti *dall'ultima notificazione*. Se invece non si verifichi una delle menzionate condizioni, il termine si computerà e pel notificante e pei notificati, nei singoli rapporti individuali, a partire dal giorno di ciascheduna notificazione. Ci è mestieri rinviare all'esame dei vari casi d'applicazione un migliore schiarimento di questa regola (v. n. 573).

Nei sistemi giudiziari nei quali le notificazioni sono eseguite dietro ordine speciale del magistrato, non trovano applicazione le regole fin qui considerate. In essi, perciò, il corso di un termine incomincia per ciascuna parte dal momento in cui riceve la intimazione (legge austriaca, § 124).

78. Tutto quanto siamo venuti dicendo si riferisce ai termini *stabiliti dalla legge*. In più d'una circostanza però il giudice è chiamato ad assegnare termini per l'esecuzione di certi atti del procedimento. I termini assegnati dal giudice ponno essere anch'essi di carattere *perentorio*. Così se la parte non si presenta nel giorno fissato per rispondere ad un interrogatorio o per prestare un giuramento, incorre in speciali decadenze. Si deve per altro osservare che quasi sempre i termini assegnati dal giudice sono *prorogabili;* il che si verifica ad esempio nei casi sopradetti, se venga giustificato un legittimo impedimento (art. 218 e 225 cod. di proc.). Ma qualora si vogliano considerare, come lo sono di fatto, termini assegnati dal giudice le proroghe dei termini legali, risulta che anche in questa

Digitized by Google

categoria vi hanno termini perentorî non prorogabili. Tali sono almeno tutti quelli accordati a titolo di *seconda proroga*, come già fu spiegato.

La perentorietà di un termine assegnato dal magistrato non può essere stabilita per arbitrio di lui, ma deve risultare da una disposizione della legge, in conformità al principio generale dettato nell'art. 46. Sarebbe grave errore credere che il giudice possa aggiungere comminatorie di decadenza a termini da lui stabiliti, fuori dei casi in cui la perentorietà è insita nella natura stessa del termine e fondata sul testo della legge, come negli esempi suesposti.

Del resto le regole per il computo e la decorrenza dei termini legali sono comuni anche a quelli dati dal magistrato.

Il termine il quale mette capo ad un'udienza è prorogato *ope legis*, giusta la disposizione dell'art. 44, se nel giorno fissato non vi sia udienza; nel qual caso s'intende doversi comparire all'udienza immediatamente successiva a quel giorno.

Digitized by Google

TITOLO II.

DELLA COMPETENZA

CAPO I.

Nozioni preliminari.

79. La scelta del giudice a cui viene sottoposta la domanda costituisce il più importante elemento per la regolare istituzione del giudizio. Codesta scelta deve essere fatta in relazione alla competenza dei vari magistrati; perciò l'analisi dei titoli in base ai quali essa è determinata e dei criteri che ne regolano l'esercizio è quella parte dello studio della procedura che in un ordine razionale deve tosto seguire all'esposizione dei principii generali.

Giurisdizione e competenza sono due vocaboli che frequentemente ricorrono nella materia di cui imprendiamo a discorrere. E abbondano le dissertazioni sul loro valore comparativo e sull'uso più appropriato che deve farsi di ciascuno. Il significato molto largo in cui già abbiamo ricevuto il nome di giurisdizione (n. 31) si delimita e concreta qui in più ristretti confini. Imperocchè tutti i magistrati, solo perchè tali, *posseggono giurisdizione;* tuttavia nel linguaggio comune, adottato anche dalla scienza, si suol dire che la *giurisdizione* d'un magistrato è *diversa* da quella di un altro, come si suol dire ugualmente che la *competenza* di questo e di quello sono *diverse.*

Rifacendo, sia pure ideologicamente, la genesi delle istituzioni giudiziarie, è possibile concepire l'amministrazione della giustizia concentrata in una sola ed universale giurisdizione. Nè gli esempi storici ne mancherebbero totalmente. Essi però richiamano ad organizzazioni sociali primitive e molto ristrette. Così le antiche tribù germaniche avevano un solo tribunale, l'assemblea dei liberi, che sovrana discuteva e sentenziava e imponeva il volere della sua maggioranza a cui non era possibile ricusare obbedienza. Chi concepisse una costituzione ideale della società civile, dotata di leggi sapienti, ricca di menti elette e di coscienze illuminate, potrebbe ancora benissimo includere nel suo quadro la esistenza di un solo ordine di magistrati investiti della

Digitized by Google

intera giurisdizione civile, non soggetta ad appelli nè revisioni d'altra specie. Ma quand'anco un tale ordinamento potesse avere quella attuazione che è molto lontana dalle condizioni della civiltà presente, rimarrebbe sempre una necessità pratica: quella di creare un numero di giudici adeguato alla quantità della popolazione ed al medio numero ordinario delle controversie, ripartendo fra loro il territorio nazionale per modo che ciascun giudice o collegio esercitasse la propria giurisdizione dentro la cerchia di un distretto particolare. Questa indispensabile divisione del lavoro giudiziario in corrispondenza al territorio rappresenterebbe l'attribuzione della *competenza* propria a ciascun magistrato singolo o collegiale. Tutti, nella ipotesi formulata, avrebbero *giurisdizione identica*, ma la *competenza* loro sarebbe *diversa*, in ragione della sede in cui fossero chiamati ad esercitare la giurisdizione.

80. Pare che qui si delinei abbastanza chiara la prima distinzione che volevamo ricercare. Vediamo ora come si abbiano fra i magistrati le *diversità* nella rispettiva *giurisdizione*.

Un sentimento naturale spinge ogni uomo ad appassionarsi nella difesa del suo diritto o di quello che egli crede tale. Inevitabile adunque che colui il quale, dopo aver accanitamente disputato il terreno al suo avversario rimane nella lotta giudiziaria soccombente, sia tosto inclinato a sospettare ed accusare d'ingiustizia la sentenza e provi una tendenza immediata a ribellarvisi. Prima che ad una seria e ponderata ragione di dubitare dell'onestà o della dottrina del magistrato, è da riconoscere dovuta a questo fenomeno umano la istituzione dei rimedi giudiziari, divenuta prepotente bisogno sociale. Indi si spiega come gli enormi abusi derivanti dall'infinito moltiplicarsi dei gradi contenziosi potesse ottenere durante molti secoli la complicità di un ambiente morale ed intellettuale a loro perfettamente favorevole. Col crescere della civiltà quegli abusi subiscono la meritata condanna; ma ancora perdura il bisogno di fornire ai litiganti qualche mezzo di reclamo, senza cui l'ordinamento della giustizia agli occhi dei più rimarrebbe incompleto. Onde la giurisdizione riceve un primo frazionamento, poichè altra è la potestà di giudicare in prima istanza, altra quella di giudicare in appello, altra quella della cassazione. E così la giurisdizione (*lato sensu*) è rappresentata dalla successione e dal collegamento dei vari gradi, non da questo o da quello isolatamente; ed in ciascun grado si ha una giurisdizione propria, che è parte della funzione giudiziaria astrattamente concepita.

81. Considerando la giurisdizione in relazione al diritto obbiettivo del quale essa guarentisce l'osservanza nei contrasti insorgenti fra i soggetti giuridici, non si può dimenticare la distinzione del

Digitized by Google

diritto pubblico dal *diritto privato*, la quale suol essere considerata come una classificazione delle norme giuridiche e dei correlativi rapporti in due campi fra loro più o meno nettamente separati. A quella divisione del diritto obbiettivo, però, non ne corrisponde una analoga della giurisdizione: cioè a dire, non è divisa la giurisdizione sulle materie di diritto pubblico da quella sulle materie di diritto privato. Anzi, stando alla lettera del testo (art. 2 della legge 20 marzo 1865 alleg. *E*, sulla abolizione del contenzioso amministrativo), si direbbe che in Italia la giurisdizione, dal punto di vista *della materia*, sia unica; poichè, a mente di quel testo, ogni controversia intorno a un diritto, *civile o politico*, è di competenza dell'autorità giudiziaria. Neppure avanti l'abolizione degli antichi tribunali del contenzioso amministrativo, si sarebbe potuto dire esattamente che tutta la materia del diritto pubblico fosse riserbata alla loro competenza, e tutta la materia del diritto privato spettasse ai tribunali civili (1); nondimeno, molto approssimativamente, una tale divisione allora esisteva. Aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo, mai non si ebbe in realtà la totale scomparsa della divisione stessa, essendo state mantenute in vita, giusta l'art. 12 della citata legge 20 marzo 1865, le così dette *giurisdizioni speciali*, esercitate in precedenza su determinate materie dalla corte dei conti, dal consiglio di stato, da altri corpi o collegi particolari. Tali giurisdizioni speciali, costituite per lo più sopra materie di diritto pubblico, o con le quali il diritto pubblico obbiettivo ha rapporto diretto di causalità, non solo furono mantenute, dopo la legge del 1865, ma anzi sensibilmente aumentarono: sia perchè lo sviluppo della vita dello stato libero diè luogo al progressivo riconoscimento di diritti pubblici subbiettivi nei cittadini e nei soggetti giuridici in generale, diritti il cui riconoscimento fu operato mediante la costituzione di giurisdizioni speciali delegate a guarentirli, il che ha esempio notevolissimo nelle fasi attraverso le quali si svolsero gli istituti della giustizia amministrativa (2); sia

(1) Intendasi sempre che la materia di diritto obbiettivo, pubblico o privato, che può essere sottoposta alla giurisdizione del magistrato è soltanto quella in cui si contenga la pretesa di esercitare o difendere un diritto subbiettivo. Quindi, l'ampia parte del diritto pubblico obbiettivo in cui non vi hanno diritti subbiettivi di enti pubblici o di privati di fronte ai poteri dello stato, nè quindi vi ha possibilità di contrasti fra soggetti di diritto, è esclusa, implicitamente, da questi cenni.

(2) Si osservi la analogia e in pari tempo la dissomiglianza di questo processo della moderna evoluzione del diritto rispetto a quella antica. Il pretore romano concedeva mano mano le azioni per creare nuovi diritti privati; cioè accoglieva sotto la tutela della giurisdizione civile rapporti che prima ne erano esclusi. Il legislatore d'oggi costituisce gradualmente nuove

Digitized by Google

perchè lo sviluppo stesso della legislazione, specialmente fiscale, rese necessario costituire, contro le crescenti esigenze e i nuovi diritti dello stato, opportune forme di tutela a salvaguardia dei privati patrimoni; sia infine per altre molteplici cause e vicende di varia specie. Se, malgrado l'incremento e il cospicuo differenziamento dei diritti pubblici subbiettivi, sia possibile o conveniente il conservare (o meglio, costituire; giacchè, come dicemmo, in passato essa non vi fu mai) una *giurisdizione unica*, è tema di alte discussioni nelle sfere del diritto pubblico, che qui non si deve tentare. Il fatto della esistenza di più *giurisdizioni speciali*, per diversi ordini di contrasti sopra diritti pubblici subbiettivi, andava accennato, come una base di frazionamento della giurisdizione (che idealmente è certo unica) secondo la ragione della materia. Le principali giurisdizioni speciali di diritto pubblico, ossiano giurisdizioni amministrative, sono quelle del consiglio di stato (quarta sezione), delle giunte amministrative, della corte dei conti, di collegi o giunte d'arbitri di varie specie, ecc. Ma non si può dire che tutte insieme queste speciali giurisdizioni assorbano e quindi rappresentino la tutela giurisdizionale dei diritti pubblici subbiettivi, giacchè non pochi di questi sono sottoposti alla giurisdizione dei tribunali ordinari. E precisamente, nel diritto nostro oggi può dirsi che l'articolo 2 della legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, va parafrasato ed inteso nel seguente concetto: *Tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico*, che non siano da leggi particolari riservate alla competenza di una giurisdizione speciale, *sono devolute alla giurisdizione ordinaria, comunque possa esservi interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa.*

L'articolo citato chiama: *ordinaria* la giurisdizione attribuita ai magistrati dell'ordine giudiziario; *speciale* è per contrapposto quella di un organo a cui particolari funzioni di giurisdizione sono deferite. Da quanto fu detto emerge però chiaro che *ordinaria* non è sinonimo di *universale*, come *speciale* non è sinonimo di *straordinaria* od *eccezionale*. Ciascuna giurisdizione esercita *normalmente* i suoi uffizi sulla materia che le leggi le attribuiscono; quando non vi sia una speciale designazione, la giurisdizione spetta al giudice *ordinario*.

I *conflitti* che possono derivare dalla distribuzione delle materie contenziose fra giurisdizioni diverse sono stati dal legislatore pre-

---

giurisdizioni speciali per riconoscere con questo mezzo la dignità e la forza di diritti subbiettivi pubblici a facoltà od aspettative che per l'avanti erano abbandonate al beneplacito discrezionale del potere governativo.

Digitized by Google

veduti. Esso ne deferì (legge 31 marzo 1877) il regolamento alla corte di cassazione in sezioni unite, come all'organo supremo cui deve subordinarsi, per la osservanza delle norme giuridiche limitatrici della sua podestà rispettiva, qualunque giurisdizione, ordinaria o speciale.

82. La giurisdizione ordinaria è soggetta a sua volta ad alcuni frazionamenti, o divisioni che dir vogliansi, per ragione della materia litigiosa.

Lo svolgimento storico del diritto obbiettivo privato, nei secoli del medio evo, diè luogo alla distinzione del diritto *commerciale* dal *civile*, e a un rapido quanto vigoroso sviluppo dei suoi istituti. E per un processo spontaneo, che ha qualche riscontro in quello dianzi accennato per mezzo del quale vanno ora fiorendo le giurisdizioni amministrative, sorsero allora ed acquistarono grande importanza le *giurisdizioni commerciali*. Fino agli ultimi tempi esse vissero; ma erano in progressiva, ineluttabile, decadenza; del che fornisce spiegazione il considerare come ormai il diritto commerciale avesse raggiunto quello stadio di maturità che ne permise la codificazione, e che, per lo innanzi, senza arrestarne il moto evolutivo, certamente rende questo moto meno febbrile, e lo sottopone alla influenza di elementi e fattori d'altra specie che non siano i puri e semplici interessi del ceto dei mercanti. Altronde, la costituzione dello stato moderno, distaccando nettamente il còmpito della funzione giurisdizionale della sovranità da quello della funzione legislativa, rese inutile un organo il quale propriamente aveva avuto nascita dal bisogno di creare, od almeno stabilire, il diritto obbiettivo, per gli affari commerciali, mediante l'esercizio della giurisdizione. Così il frazionamento della giurisdizione ordinaria per ragione della materia civile e della commerciale, non aveva più pregio nè giustificazione. E con la legge del 25 gennaio 1888 furono aboliti i tribunali di commercio, ed investiti di ogni loro precedente attribuzione i tribunali civili. Cessò quindi la *giurisdizione commerciale*, che nel codice di procedura civile e in quello di commercio era pur stata contemplata e regolata. Di questo argomento ci occorrerà riparlare.

Invece, con la legge del 15 giugno 1893, in omaggio alla sempre crescente importanza sociale di una serie di relazioni giuridiche appartenenti alla vita industriale, fu costituita una nuova giurisdizione, mediante la creazione dei collegi di probi-viri, ordinati in *uffici di conciliazione* e in *giurie* aventi attribuzioni contenziose. A questi nuovi organi giudiziari sono parzialmente devolute, come diremo a suo luogo, controversie su diritti privati che per loro indole appartengono alla giurisdizione ordinaria, della quale pertanto essi formano parte.

Digitized by Google

Per motivi di altra indole furono giudicate opportune certe secondarie ripartizioni della giurisdizione, fra gli ordinari magistrati civili, per ragione di materia. Così le azioni dirette alla tutela del possesso vedonsi deferite esclusivamente al giudice singolo locale (pretore) per la prontezza e sicurezza con cui egli può procedere alla verificazione dei fatti di turbativa o di violenza denunciati. Altre specie di azioni che trovansi enumerate nell'art. 82 del codice di procedura sono per analoghe ragioni devolute al conciliatore e al pretore. A questi giudici è pure deferita nei limiti della rispettiva competenza per valore l'ordinaria procedura esecutiva sui beni mobili; quella di espropriazione degli immobili per debito d'imposta, è esclusivamente attribuita al pretore. Invece le ordinarie procedure di espropriazione forzata di immobili appartengono sempre alla competenza del tribunale. Di queste e di altre regole potremo dibattere le rispettive ragioni mano mano che esse si presenteranno al nostro esame analitico.

83. Oltre che esistere fra i magistrati una gerarchia per ordine di gradi giudiziari, un'altra ne esiste fra quelli di prima istanza, e analogamente fra quelli d'appello, per la distribuzione della podestà giudiziaria in relazione *al valore* delle liti. Sembra, a primo aspetto, assai malagevole giustificare questa divisione da un punto di vista rigorosamente scientifico, e noi non assumeremmo di certo il còmpito di difenderla così com'è stabilita nel nostro sistema. Restringendoci ad esporre il contenuto di questo, dobbiamo accennare che a norma del rispettivo valore le liti sono distribuite fra i probi-viri, i conciliatori, i pretori ed i tribunali civili, ed in seconda istanza fra i pretori, i tribunali civili e le corti d'appello. Quali i limiti del valore in ciascuna categoria, lo vedremo fra breve. Egli è indubitato che questa divisione, operata sulla base del valore, è a sua volta un *frazionamento di giurisdizione*, sì che la giurisdizione di ciaschedun magistrato trovasi determinata eziandio dal valore della controversia nei giudizi di prima e di seconda istanza.

84. Riassumendo, noi possiamo, in conformità al linguaggio scientifico comunemente accolto, stabilire i principii seguenti: 1° La *giurisdizione di cui ciascun magistrato è investito*, ossia la podestà conferitagli d'amministrare la giustizia, non è nel diritto positivo di carattere *universale*, come lo è *l'idea astratta di giurisdizione*, ma riceve limitazioni dal *grado*, dalla *materia*, dal *valore* della controversia; 2° indipendentemente da questi limiti, ogni giurisdizione ha bisogno di essere esercitata in una sfera di *competenza* determinata; ossia, ogni magistrato, qualunque sia la misura della sua giurisdizione, deve esercitarla da una *sede* e sopra un *territorio* designati secondo

Digitized by Google

il criterio razionale della *possibilità* di renderne l'azione veramente efficace (1).

Così intese, *giurisdizione* e *competenza* sono ben lungi dall'essere espressioni di una medesima ed unica idea. Pure il nostro legislatore è stato tutt'altro che scrupoloso nel suo linguaggio ed usò promiscuamente i due vocaboli. Nè la censura può essergli risparmiata se nella relazione Pisanelli si legge, quasi a dimostrare la correlazione dei due nomi, *non essere la competenza che la misura della giurisdizione.* Anche volendo decampare da ogni rigore di formalismo, egli è manifesto che rimane tuttavia inesatto usare la parola *giurisdizione* ad indicare la *competenza*, come pur fa il codice, specialmente negli articoli 68 e 69.

85. Per evitare equivoci ed anche sorvolare a dispute alquanto oziose, sarà opportuno che, dopo aver significato che cosa sia la giurisdizione e come si delimiti, che cosa sia la competenza e come si determini, noi adopriamo l'espressione di *competenza assoluta* per indicare *i confini della giurisdizione* del magistrato, ossia la sua competenza per grado, materia, o valore; e l'altra espressione di *competenza relativa* per indicare la *vera e propria competenza*, ossia la sfera in cui le rispettive giurisdizioni dei magistrati si esercitano, in ragione della loro sede e del territorio che alla medesima è soggetto. La spiegazione delle due qualifiche di *assoluta* e *relativa* (pienamente accettate nella pratica) emergerà da quanto andiamo ad esporre.

Avvertasi pure, che della competenza *per ragione di materia* noi ci occuperemo in modo analitico soltanto rispetto alla distribuzione che per questo titolo subisce la *giurisdizione ordinaria* fra i magistrati che ne sono investiti. Giacchè non appartiene al dominio attuale della procedura civile l'esame analitico della competenza delle giurisdizioni speciali amministrative, ma soltanto quello generale dei loro rapporti con la giurisdizione ordinaria.

86. Prima di andar oltre dobbiamo considerare brevemente la dichiarazione contenuta nell'art. 67. Ivi: « La competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di lite ». Non sfuggirà allo studioso che qui si tace della competenza *per grado* e si aggiunge invece, a quelle da noi menzionate, la competenza per connessione o continenza di lite. Il silenzio circa ai gradi della giurisdizione non esclude che essi ne costituiscano un

---

(1) Si faccia eccezione per la corte di cassazione, la quale, per l'indole e lo scopo del proprio istituto dovendo essere unica nello stato, non soffre ripartizioni di competenza che non siano la negazione di ogni criterio logico e giuridico.

Digitized by Google

limite ammesso e riconosciuto dalla legge. Infatti, nel medesimo titolo « *Della competenza* » e precisamente nella *sezione prima*, il legislatore dichiara la speciale competenza dei magistrati d'appello e della corte di cassazione (art. 83 a 88). La mentovata sezione si intitola « *Della competenza per materia o valore* »; sembra quindi che il legislatore abbia considerata quale una forma della competenza *per materia* quella che deriva dal grado in cui si trova la controversia. Giova meglio però tenere distinte le due categorie; e la dottrina perfettamente ne conviene; avvegnachè i criteri rispettivi di codesti limiti della giurisdizione sono fra loro ben diversi.

Quanto alla competenza *per connessione o continenza di lite* essa è principalmente una forma di determinazione dalla competenza territoriale, e solo secondariamente costituisce una deroga alle regole ordinarie della competenza assoluta. Non avevamo dunque bisogno di considerarla teoricamente come una specie a sè. Ne terremo conto specifico invece, nell'esame del diritto vigente che, sulla base delle nozioni premesse, è ora da iniziare.

CAPO II.

Competenza assoluta e relativa. — Regole generali.

87. Le ragioni che impediscono ai legislatori di instaurare il sistema della giurisdizione unica od universale, della quale abbiamo fatto cenno in precedenza, s'attengono massimamente a quella elevata funzione di tutela dell'interesse collettivo e dell'ordine pubblico che determina la costituzione stessa del potere giudiziario. Distribuire in maggiore o minor numero nel territorio dello stato le sedi giudiziarie, per guisa da rendere più facile ai cittadini l'accesso alla giustizia, riguarda più dappresso la comodità ossia l'interesse dei privati. Questo può essere leso da una meno avveduta e saggia *circoscrizione giudiziaria;* ma ben più grave sarebbe il pubblico danno, quando fosse dimostrato che l'intima organizzazione data dal legislatore alle patrie magistrature le rendesse insufficienti od inette al conseguimento della giustizia.

Queste riflessioni spiegano abbastanza la sostanziale differenza che deve passare fra le sanzioni che circondano la competenza *assoluta* e quelle che guarentiscono la competenza *relativa*. La prima *deve* essere da tutti rispettata; e all'uopo giova che il magistrato possieda la più conveniente latitudine di poteri; per la seconda, la misura (diremo così) del rispetto che occorre assicurarle sta in relazione cogli interessi privati che essa ha per iscopo di avvantaggiare.

Digitized by Google

Onde riesce chiaro il perchè quella fosse chiamata *assoluta* e questa *relativa*. Il più generale ed importante principio che domina siffatta differenza è il seguente: le infrazioni alle regole della competenza assoluta devono essere represse e riparate *anche d'uffizio* dal giudice, *in qualunque stato e grado di causa;* le infrazioni alle regole della competenza relativa *sono coperte e sanate dal consenso delle parti interessate*. Questo principio che è stabilito non meno dall'articolo 69 che dall'art. 187 del codice, merita per la sua importanza qualche particolare considerazione.

88. « *La giurisdizione* (ordina l'art. 69) *non può essere prorogata dalle parti, salvo i casi stabiliti dalla legge* ». *Prorogare* significa trasferire consensualmente in un magistrato la competenza che per legge spetterebbe ad un altro. Se per *giurisdizione* intendiamo solo la *competenza assoluta*, è lecito affermare che non si conoscono casi nei quali essa possa essere *prorogata*. E l'ultima parte del testo riferito non si spiega se non rammentando che il legislatore, più o meno correttamente, designa sotto il nome di giurisdizione anche la *competenza relativa*. Nè potremmo consentire con quegli scrittori che spiegano il linguaggio dell'art. 69, considerando come una proroga della *competenza assoluta* la facoltà data dalla legge alle parti di rimettere ad arbitri le loro controversie; giacchè il *compromesso* è un istituto giudiziario tutt'affatto diverso dalla *proroga di giurisdizione;* non si tratta già di trasferire la competenza da un giudice ad un altro, ma di adire un magistrato speciale *che ha una giurisdizione dalla legge consentita*, sottraendo per conseguente necessità ai giudici ordinari la cognizione della controversia.

Quand'anco le parti convenissero nel deferire ad un giudice incompetente per valore, per materia, o per grado, la loro controversia, la legge si oppone alla validità del loro patto. Parlando di patto, o di convenzione, alludiamo anche al tacito consenso che si dimostra coi fatti: quindi, se citato il convenuto in giudizio, egli, pur avendone diritto, si astenga dall'opporre l'eccezione d'incompetenza assoluta, il silenzio suo non gioverà contro il divieto della legge, come non gioverebbe la espressa convenzione di proroga. « L'eccezione d'incompetenza *per materia o valore* (stabilisce infatti l'art. 187) può essere proposta *in qualunque stato e grado della causa:* l'autorità giudiziaria deve pronunziarla *anche d'uffizio* ». I termini in cui codesta sanzione è concepita non sono certo ambigui od equivoci. Essi esprimono tutti insieme e molto categoricamente i concetti seguenti:

a) che l'incompetenza assoluta può sempre essere opposta dal convenuto, anche se egli avesse espressamente accettata la proroga della giurisdizione;

Digitized by Google

b) che può esserlo in qualunque momento della procedura, nulla importando la circostanza che il convenuto nei primi atti di difesa siasi preoccupato di discutere il merito, senza accennare alla incompetenza;

c) che può essere opposta persino dallo stesso attore, il quale dovrà per altro, in ogni caso, colla condanna nelle spese del giudizio, sopportare le conseguenze dell'errore commesso;

d) che se nessuna delle due parti la oppone, deve tuttavia dichiararla il giudice e limitare a questo punto la sua decisione, sebbene le parti la invochino sul merito o su istanze al merito attinenti;

e) che l'errore commesso dal giudice di primo grado, non rilevandola anche d'uffizio, dà motivo alle parti di ricorrere in appello per far pronunziare l'incompetenza, quantunque esse, deliberatamente o casualmente, non se ne fossero occupate;

f) che il giudice d'appello è egli medesimo tenuto d'uffizio a rilevare l'incompetenza assoluta, se non l'hanno opposta le parti, nè l'ha pronunziata il primo giudice, e la causa sia portata in appello per la decisione di altri punti;

g) che infine sono applicabili al giudizio di cassazione, per quel che riguarda il presente soggetto, regole identiche a quelle esposte (lettere *e*, *f*) pel giudizio d'appello (1).

89. Non sempre la incompetenza assoluta del magistrato si manifesta *evidente* dalla domanda, od è dimostrata dalle pure e semplici emergenze degli atti processuali. Per accertare il valore della cosa domandata può occorrere il sussidio di qualche prova. In questo senso vi ha una limitazione da apporre a quella parte delle regole suesposte che riguardano la podestà del giudice di pronunziare d'uffizio l'incompetenza. Se la prova di essa non emerge dall'analisi della domanda, o da quella degli atti processuali, e le parti niuna questione muovano sulla competenza, il giudice non può ordinare d'uffizio che si assuma questa o quella prova per appurare i *sospetti* che

(1) Sovra questi corollari non è permesso alcun dubbio, dinanzi ai testi del nostro codice che abbiamo indicati. Non è però dovunque accolto un uguale sistema. In Francia da molti giuristi e da parecchie sentenze è stata ammessa la massima che neppur quella che noi chiamiamo competenza assoluta sia d'ordine pubblico. Nel codice di procedura germanico è espressamente stabilito che giudicata da un tribunale regionale una lite, non può essere impugnata la sentenza pel motivo che la cognizione ne avrebbe appartenuto al tribunale cantonale, vale a dire ad un giudice di più ristretta giurisdizione (§ 10). Con criterio analogo (quello cioè che la giurisdizione più estesa comprende anche i poteri contenuti in quella più ristretta) dispone pure la nuova legge austriaca sulla competenza (*norma di giurisdizione*) in data 1° agosto 1895, nel § 45 e segg.

Digitized by Google

in lui nascano intorno alla propria competenza. Imperocchè simili disposizioni esorbiterebbero dalla sfera delle di lui facoltà; egli giudica la lite ed ogni questione ad essa relativa, nell'interesse delle parti, cioè *secundum allegata et probata*. Quando una irregolarità non apparisca accertata dagli atti, e niuna delle parti ne muova cenno, egli non può nè deve presumerla.

Non per questo le parti rimangono private della libertà di presentare, in giudizio d'appello, quelle prove della incompetenza che mancarono nel giudizio di prima istanza. Vedremo in seguito come ogni specie di *nuova prova* sia permessa in appello. Ma il contrario è a dire rispetto al giudizio di cassazione. In codesto supremo stadio della controversia non si può aggiungere alcun nuovo nuovo elemento di fatto alle risultanze processuali stabilite in grado d'appello. Quindi è che in cassazione la incompetenza assoluta potrà per la prima volta essere discussa, o potrà venire pronunziata anche d'uffizio, solo a condizione che basti l'esame delle domande e degli atti per stabilirla.

90. Quantunque mercè le precauzioni prese dal legislatore sia ben difficile che sfugga alle parti od ai giudici il vizio della incompetenza assoluta, pure la fallibilità naturale dell'uomo permette sempre che la cosa sia possibile. Si domanda se consumato un errore sopra la competenza assoluta e consecrato il medesimo con una decisione giudiziale divenuta irrevocabile, il principio dell'autorità della *regiudicata* debba prevalere a quello del rispetto all'ordine delle giurisdizioni o soggiacere dinanzi ad esso. La risposta non è dubitabile: al principio dell'autorità della regiudicata spetta prevalenza, comunque grave sia la necessità di serbare inalterati i limiti delle giurisdizioni. È inutile disputare se l'un principio sia *più importante* dell'altro, ovvero andar ricercando quale dei due appartenga più da vicino all'ordine pubblico. L'effetto della regiudicata è notoriamente quello di assodare in modo inconcusso una verità, la quale mercè il presidio di essa diventa addirittura inoppugnabile. Sia pure manifesto l'errore del giudizio; ad ogni modo *pro veritate habetur*. Quando sopra la competenza, come sovra qualsivoglia argomento litigioso, esiste regiudicata, non è da esitare a riconoscere che al cospetto della legge *la verità* è quella contenuta nella sentenza; e che ogni altra verità è vana parvenza (1).

91. Rimane a vedere come si costituisca la regiudicata sul tema della competenza. Anzitutto è fuori di discussione ch'essa esiste quando

(1) Bisogna però eccettuare il caso di conflitto reale di giurisdizione, pel quale sono da vedere il n. 197 e i precedenti.

Digitized by Google

sia passata in giudicato la sentenza che decide la lite *in merito*. Conciossiachè, per l'obbligo che incombe al giudice di elevare anche d'uffizio l'incompetenza assoluta, ogni decisione data sul merito è implicitamente *affermativa della competenza*, che deve aver formato materia di una preliminare disamina del magistrato. Ma le parti possono aver proposta (si vedrà poscia con quale procedimento) la questione sulla competenza separatamente da ogni altra; ovvero può essere stata dichiarata dal giudice l'incompetenza; e nell'un caso o nell'altro si ha una decisione specifica sulla questione in discorso. Ora, in simili ipotesi, è da tenere per fermo che la sentenza, anche *interlocutoria*, la quale abbia statuito sopra la competenza, una volta passata in giudicato, rende irrevocabile la pronunzia a ciò relativa.

Il passaggio in giudicato di qualunque sentenza si effettua nell'uno o nell'altro dei seguenti tre modi: 1° esaurimento di tutti i gradi del giudizio, sicchè la decisione si presenti non suscettibile di alcun ulteriore rimedio; 2° decorso del termine utile per appellare o per valersi di altro dei rimedi conceduti dalla legge contro la sentenza; 3° rinunzia dell'appello o dell'altro rimedio che fosse stato sperimentato (1).

92. Può avvenire quindi che ammessa in prima istanza la competenza del giudice con sentenza *interlocutoria*, questa passi in giudicato per decorso del termine ad appellare. Discusso e deciso successivamente il merito, viene interposto appello contro la sentenza definitiva: potrà il giudice d'appello riesaminare la questione della competenza? No, perchè su questo punto esiste già la regiudicata e non è lecito violarla neppure in nome della maggiore autorità gerarchica del secondo giudice.

Per contrario: l'eccezione d'incompetenza è stata sollevata dal convenuto in primo grado e respinta colla sentenza medesima *che ha giudicato il merito* della causa. Da questa sentenza si appella, non però per il capo della competenza, della quale non si fa anzi alcun cenno: potrà tuttavia il magistrato superiore, se la eccezione

---

(1) Il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, si verifica anche per la perenzione (ch'è una forma tacita di rinunzia) del giudizio di appello o di rivocazione (art. 341 cod. di proc. civile). In quanto al rimedio della opposizione del contumace, la rinunzia o la perenzione del relativo giudizio non basterebbero a dar forza di regiudicata alla sentenza impugnata, quando rimanesse aperta la via dell'appello (art. 467): converrebbe adunque, in questa ipotesi, che anche alla facoltà di appellare l'opponente avesse rinunziato. È quasi superfluo dire che fra i rimedi contro le sentenze, dei quali è qui parola, non comprendesi l'opposizione del terzo, giacchè consideriamo soltanto la formazione del giudicato *fra le parti litiganti*.

Digitized by Google

gli sembra fondata, dichiarare d'uffizio l'incompetenza? Sì certo: egli avrebbe tale *obbligo*, pel disposto imperativo dell'art. 187, anche se nessuna parola fosse stata fatta in prima istanza sovra la competenza: e il silenzio del primo giudice equivale esso medesimo, come abbiamo detto, ad affermazione di competenza. La situazione logica e processuale è quindi identica nei due casi.

93. Un'ultima questione su questo proposito: nel corso di un giudizio occorre pronunziare una sentenza *interlocutoria*, ad esempio, per ordinare una prova. Essa passa in giudicato; più tardi, quando la discussione della lite è ripresa, una delle parti od il giudice si accorge che sin dal principio ostava l'incompetenza assoluta alla cognizione della lite. Qualcuno sostiene che la sentenza interlocutoria proferita e passata in giudicato ha statuito implicitamente, e ormai irrevocabilmente, sulla competenza. L'insegnamento non pare corretto. Trattandosi di pronunzia *implicita*, non conviene mai presumerla, se non in quanto presentisi come una necessità logica della pronunzia *esplicita*. Ciò è intuitivo rispetto alle sentenze *definitive*. Ma aggiungasi che nel pronunziare un'interlocutoria il magistrato può bene aver ritenuto opportuno di rimettere la deliberazione sopra la competenza *a causa meglio istruita*. Certo, se egli avesse rilevata la propria incompetenza, avrebbe dovuto pure dichiararla. Ma il silenzio non significa *necessariamente* affermazione della competenza.

94. Essendosi avvertito come la competenza *per grado* sia nel linguaggio del nostro codice designata inclusivamente in quella *per materia*, non v'è bisogno di dimostrare altrimenti come le regole e sanzioni degli articoli 69 e 187 si applichino anche a questa specie di limitazione della giurisdizione.

Dal che il corollario: che non possa mai essere portata una causa al giudizio d'appello senza il preventivo esperimento di quello di prima istanza, malgrado la esplicita rinunzia concordata fra le parti; e l'altro: che solo le autorità costituite nel grado gerarchico superiore, dalla legge all'uopo designato, siano competenti a conoscere dei reclami proposti contro le sentenze; così che da quelle dei pretori non si possa appellare se non ai tribunali e da quelle dei tribunali alle corti d'appello, ecc.

95. Implicherebbe proroga di giurisdizione e perciò sarebbe illegale la *rinuncia preventiva ad impugnare la sentenza*, cioè il patto che fosse stabilito fra le parti, innanzi di iniziare il giudizio di prima istanza, di ritenere inappellabile la sentenza che quivi sarà per emanarsi; o quello di non ricorrere in cassazione, stabilito prima di intraprendere il giudizio d'appello, ecc. Simili patti essendo stipulati *contra legem* non avrebbero efficacia obbligatoria. Infatti nel

Digitized by Google

ripartire la giurisdizione secondo il criterio dei gradi, tanto la legge sull'ordinamento giudiziario, quanto il codice di procedura assegnano espressamente ai tribunali funzione di giudizi *di prima istanza;* come, implicitamente tali, le assegnano ai pretori; ed in simili guise determinano la competenza di ogni magistratura. Ora la rinuncia preventiva all'appello altererebbe la giurisdizione dei giudici di prima istanza e quindi *la prorogherebbe;* perchè in realtà li tramuterebbe in giudici *di ultima istanza;* trasfonderebbe cioè in loro la competenza riserbata alla magistratura di secondo grado, amalgamandola quella che normalmente essi posseggono. E così dicasi rispetto agli altri casi analoghi. A confermare siffatto modo d'intendere la legge soccorre la considerazione che rispetto ai giudizi arbitramentali, il legislatore avendo voluto conferire validità alle preventive rinunzie all'appello ed alla cassazione, trovò necessario di farne esplicita dichiarazione (art. 28 n. 3 e 31 n. 2 cod. di proc.). Non mancano fra gli scrittori quelli che sostengono la validità di codeste rinuncie preventive, poichè, a parer loro, non essendone sovvertiti i gradi della giurisdizione, non vi ha proroga di essa. Ed inoltre invocano l'autorità del diritto romano che, rispetto all'appello, le permetteva (L. 1, § 3, Dig., 49, 2). Ci sembra però che il primo argomento risolva la questione con la questione, giacchè in esso si afferma, come dato certo, il *quod erat demonstrandum.* In quanto al secondo, pecca per difetto di adattabilità, giacchè l'appello, nel processo civile romano, aveva caratteri ben diversi dagli attuali.

Appena è utile notare che il tema qui trattato non va confuso con le *rinuncie* ad impugnare sentenze *già proferite,* o colle *accettazioni spontanee* della parte soccombente, che in altra parte saranno prese in esame (n. 545 e segg.).

96. La severità della legge cede del tutto davanti alla volontà delle parti, quando si tratta di *competenza relativa.* Ed è riguardo ad essa, giova ripeterlo, che stanno scritte ed hanno valore le ultime parole dell'art. 69. La ragione l'abbiamo esposta ed è abbastanza ovvia. Tutti i codici d'altronde vi hanno reso eguale omaggio. Anzi si va più in là; alle parti che vogliono rispettate le regole della competenza relativa è fatto obbligo di usare particolarissima diligenza, perchè l'eccezione da loro opposta lo sia in modo e tempo da meritarle l'onore della discussione. Di vero il capoverso dell'art. 187 si esprime: « In ogni altro caso (*che non sia cioè d'incompetenza assoluta*) l'eccezione d'incompetenza deve essere proposta *prima di ogni altra istanza o difesa,* nè si può pronunziare d'uffizio ».

97. Vi ha pertanto una doppia specie di proroga qui ammessa. Quella che deriva da convenzione, ossia da esplicito assenso degli

Digitized by Google

interessati; quella che sorge dalla interpretazione che la legge dà al loro silenzio. La quale interpretazione è stata voluta dal legislatore per eliminare dalle liti un elemento di tergiversazione più spesso capace di fornire un'arme insidiosa ai litiganti di mala fede, che un coefficiente alla buona amministrazione della giustizia. In conseguenza l'attore non potrà mai eccepire l'incompetenza relativa del giudice avendola egli accettata col fatto stesso di proporre la domanda innanzi a lui.

La convenzione delle parti per derogare all'ordinaria competenza territoriale può essere espressa e diretta, ovvero può anche risultare dalla elezione di domicilio fatta *in un comune*, come è indicato nell'articolo 40 che in precedenza (n. 50) fu esaminato. Sul proposito sarà dato qualche nuovo cenno, quando tratteremo della competenza territoriale in ispecie.

Rispetto alla competenza per connessione o continenza di lite, soggetta pure a deroga potestativa, per volontà delle parti, non si potrebbe ammettere che l'elezione di domicilio fatta in relazione ad un determinato negozio giuridico, possa costituire ostacolo al criterio della detta connessione o continenza, il quale è per sua natura assorbente e dipende da un fatto posteriore e probabilmente non preveduto in origine dalle parti, quale è appunto una accidentale congiunzione logica della controversia con altra soggetta a diversa competenza.

98. Se il citato capoverso dell'art. 187 fa obbligo alle parti di dedurre le eccezioni d'incompetenza relativa, *prima di ogni altra istanza o difesa*, ciò deve intendersi in un significato rigoroso ma non esagerato. Quindi la parte che citata ad udienza fissa sia comparsa ed abbia ottenuto uno o più rinvii, anche per provvedimento di giudice sovra opposizione dell'avversario, rimane in facoltà di provocare la dichiarazione d'incompetenza, ovvero *declinatoria del foro*, come pure si usa dire (art. 189); giacchè la domanda di rinvio non costituisce nè *istanza* nè *difesa*, ma *atto di preparazione* a produrre queste e quelle. Del pari, in giudizio formale, la dichiarazione generica d'impugnare tutte le domande dell'attore, o di chiederne il rigetto, ecc., espressa nell'atto di costituzione di procuratore, comprende o sottintende tutte le eccezioni d'ordine e fra le altre la declinatoria del foro. L'eccezione d'incompetenza relativa può essere opposta dal contumace in qualunque tempo comparisca, e così anche *in grado d'appello*, giacchè nel periodo della contumacia nessuna istanza o difesa è stata proposta (v. art. 190).

È da osservare a questo riguardo che il divieto al giudice di pronunziare d'uffizio l'incompetenza relativa si applica altresì nel caso della contumacia.

Digitized by Google

99. L'eccezione di declinatoria proposta in un medesimo atto con altre istanze o difese, dovrà precederle, *nell'ordine delle conclusioni* presentate al magistrato: non è però da pretendere che nella esposizione dei motivi mercè i quali le conclusioni si giustificano, sia menzionata per la prima, poichè questa sarebbe una vera esagerazione di formalismo.

Se poi essa sia proposta *dopo* altre istanze o difese, ma la parte contro cui viene dedotta non impugni la sua tempestività, potrà il giudice, *d'uffizio*, respingerla per questo motivo? Non lo crediamo, e infatti non vi è traccia di una comminatoria in tal senso nella legge, che è sola fonte dei poteri del giudice.

100. Alle eccezioni d'incompetenza *assoluta* sono in certo senso parificate (art. 188) quelle di *connessione* e di *litispendenza*. È stabilito, cioè, nell'indicato testo, che l'eccezione d'incompetenza pei detti titoli può essere opposta in qualunque stato e grado di causa; non s'aggiunge però che debba anche essere pronunziata d'uffizio.

Rinviamo al capo sesto (n. 171 e segg.) la trattazione di questo punto, dovendo ad esso precedere le nozioni della *litispendenza* e della *connessione*.

101. Un altro principio generale in tema di competenza è quello segnato nell'art. 68 del codice: « Nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altra la propria giurisdizione, salvi i casi stabiliti dalla legge ».

Fu detto giustamente essere questo principio uno dei moderni cardini del diritto giudiziario civile, non potendosi ammettere che un'autorità competente a giudicare una controversia declini l'obbligo suo, per qualsivoglia pretesto, e tanto meno per trasferirne l'onere ad un'altra la quale mancherebbe necessariamente di giurisdizione su di essa. La regola contempla del pari la competenza assoluta che la relativa. A volere poi indagare quali sieno *i casi stabiliti dalla legge* in cui la giurisdizione *può essere delegata*, si farebbe davvero opera vana, a meno di largheggiare molto nella intelligenza delle espressioni (1). E a questo patto può dirsi (ma non correttamente) che la giurisdizione, cioè la podestà di conoscere e decidere la *controversia* è lecitamente delegata da un'autorità ad un'altra quando per entrambe concorrano titoli di competenza, l'uno dei quali abbia preminenza

(1) Le *delegazioni di giurisdizione* erano una delle molte piaghe degli antichi sistemi processuali. Il precetto dell'art. 68 sta nel codice più che altro come protesta contro di essa e come attestazione della impossibilità che venga a riprodursi.

Digitized by Google

sull'altro. Il che riescirà chiarito dove parleremo della connessione o continenza di lite e della litispendenza in particolare.

Entrano parzialmente nella figura della *giurisdizione delegata* le delegazioni che possono essere fatte, in via transitoria da un magistrato ad un altro, o da un collegio ad alcuno dei propri membri, per l'esecuzione di atti istruttorî o l'adempimento di certe formalità processuali. Di esse pure riparleremo.

Non sono invece punto comprese nel concetto di questa regola le delegazioni di giurisdizione fatte da un'autorità superiore o disposte dalla legge in casi specialissimi, delle quali si hanno esempi negli articoli 126 del codice di procedura, 37 capoverso e 62 della legge sull'ordinamento giudiziario.

CAPO III.

Competenza per valore.

102. Per la legislazione francese e per la sarda del 1854, la determinazione del valore d'una lite, fu richiesta a due effetti: il primo, di stabilire innanzi a quale magistrato debba essere portato il giudizio; l'altro di far riconoscere se le sentenze siano o no suscettibili d'appello; imperocchè dentro certi limiti di valore, tanto quelle dei giudici di pace, o rispettivamente dei pretori, come quelle dei tribunali, furono dichiarate, nelle dette legislazioni, inappellabili. I codice italiano, seguendo l'esempio di quello sardo del 1859, ammette in massima l'appellabilità di tutte le sentenze (articolo 481). In tal modo la ricerca dei criteri migliori per servire alla determinazione del valore di ciascuna lite, non ha altro scopo se non quello di guidare nella scelta del giudice competente a deciderla. Se il campo delle indagini è così più circoscritto, non è per questo meno bisognevole di una diligente e minuta esplorazione.

103. Come si determina il valore d'una causa?

Vi ha un principio generale, contenuto nella prima parte dell'articolo 72, che vuol essere anzitutto ben compreso. « *Il valore della causa si determina dalla domanda* ». Niuna più felice e chiara spiegazione ne potremmo dare di quella contenuta nelle parole d'Ulpiano da cui la regola fu ricavata: *Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur* (L. 19, § 1, Dig., 2, 1). O se si vuol dirlo in altri termini: siccome la giustizia civile tutela il diritto privato nei limiti della cura che se ne dà l'interessato, così non è da ricercare se chi

Digitized by Google

domanda uno avrebbe diritto a dieci; il confine della lite è già segnato dalla sua domanda, qualunque sia l'effettivo valore del diritto su cui questa si fonda. E per converso, se un attore chiede dieci mentre non gli spetta che uno, è la domanda che ancora misura il valore della lite; in realtà la controversia è sopra dieci; e dalla disputa su questa ampiezza di litigio, dipende la determinazione di più o meno ristretti confini al diritto, mediante il definitivo giudizio (1).

104. Anche esaminandola nella modesta cerchia di queste generalità, la regola esposta ha un'importanza non lieve. Valga un facile esempio a dimostrarlo. Chieggonsi in giudizio gli interessi scaduti su di un capitale fruttifero, somma certamente assai piccola in confronto al capitale. Il diritto agli interessi è un accessorio del diritto al capitale, nè la decisione che condanna al pagamento di quelli può a meno di supporre riconosciuto il debito principale. Pure la causa al momento in cui viene iniziata si valuta dalla somma degli interessi; e l'intima ragione è questa: che la sentenza non potrà avere *effetto di regiudicata* se non sopra l'oggetto del giudizio, vale a dire sulla *domanda;* nè pregiudica le eventuali future controversie, di qualsivoglia specie e natura, sovra ciò che alla *domanda* non apparteneva e che nel giudizio non fu discusso.

La quale spiegazione si applica ugualmente nei casi in cui la domanda *ecceda* l'estensione del diritto. Imperocchè la sentenza che accorda *uno* a chi domandò *dieci*, statuisce che *il di più non gli è dovuto* e per conseguenza ha autorità di cosa giudicata su *dieci* e non già su *uno* solamente.

È agevole comprendere quanto v'ha di razionale e di rigorosamente scientifico nel dare alla valutazione pecuniaria della lite l'estensione medesima che avranno gli effetti della sentenza. Invero, quale è la meta definitiva della domanda giudiziale, se non il conseguimento di una deliberazione irrevocabile su quanto ne forma l'oggetto? D'altronde, se non si desumesse dalla *domanda* il valore della causa, mancherebbe la possibilità di fissare un giudice innanzi al quale portarla: e se si pretendesse por mente all'effettività del diritto, la quale non potrebbe essere determinata se non *a posteriori*, cioè in base alla decisione giudiziaria, dovrebbe essere detta *senza valore* la causa, quando la sentenza negando il diritto rigetti la domanda.

---

(1) Considerando solo questo secondo punto di vista, parecchi dei codici anteriori hanno dichiarato che il valore della causa si determina dalla domanda e non da quanto viene sulla medesima deciso (v. art. 29 codice sardo 1854, ecc.).

Digitized by Google

105. La *domanda* a cui allude la regola ora esposta, è ciò che l'attore *si propone di ottenere;* l'esempio già accennato, di una domanda d'interessi, ci dispensa dallo sviluppare di più il significato di quel vocabolo e dal dimostrare che il criterio delle analisi di valutazione non sta mai nei *motivi* ossia nei fondamenti di fatto o di diritto della domanda, ma nelle sue *conclusioni.* Le quali del resto ben possono offrire dissimiglianze notevoli pur discendendo da motivi perfettamente analoghi. Suppongasi: io *espongo* nella citazione il fatto di essere creditore di una somma verso il convenuto, di avere stipulato sopra di essa la corresponsione d'interessi, e *chiedo* il pagamento di una rata di questi ultimi. Il valore della causa è quello degli interessi domandati. Invece: esponendo le medesime circostanze, e pel fine di premunirmi contro eventuali o già verificate tergiversazioni del convenuto, *chiedo* che il giudice dichiari la liquidità ed esistenza del credito ed insieme pronunci la condanna del convenuto a pagare gli interessi. Il valore è allora dato dalla somma del capitale unita con quella degli interessi domandati, perchè io avrò provocato un giudizio anche sul credito principale col proposito di far sorgere l'autorità di una regiudicata relativamente al medesimo.

106. Le domande giudiziali possono avere per oggetto *una somma di danaro*, ovvero la prestazione *di una cosa mobile*, ovvero la proprietà di *un immobile*, od un diritto al medesimo relativo. Vi sono poi diritti d'indole strettamente personale, che non si possono rappresentare nè in una cosa nè in una somma di danaro. Codeste varietà d'oggetti delle civili controversie rendono indeclinabile la designazione di criteri appositi per ciascheduna categoria, onde ne sia reso sicuro e costante il metodo di valutazione.

107. La minore difficoltà per questo riguardo è offerta dalle domande che hanno per oggetto una somma di danaro, in quanto esse recano in sè stesse la loro valutazione. Il legislatore ha voluto avvertire, per opportuna cautela, nel primo capoverso dell'art. 72 che « gli interessi *scaduti*, le spese e i danni *anteriori alla domanda giudiziale* si sommano col capitale per il calcolo del valore ». Gli *interessi scaduti* prima della data della domanda, sono quelli già resi esigibili in questo giorno, non quelli compresi in una rata non iscaduta. Non è vietato invero di chiedere anche gli interessi posteriori alla domanda, o le rate in corso, ma non essendo provato che alla loro scadenza non verranno pagati, sarebbe meno giusto considerarli *a priori* come controversi. Arroge che gli interessi successivi alla domanda rappresentano sempre una somma indeterminabile non solo nel dì in cui si promuove il giudizio, ma in quello pure in cui la sentenza viene pronunziata. Però va inteso che gli interessi *scaduti*

Digitized by Google

da computare, sono quelli che l'attore *domanda* come ancora dovutigli; se egli non chiede pagamento d'interessi, o se dichiara essergli già stati soddisfatti tutti quelli scaduti, non possono entrare nel calcolo. Le *spese* sono quelle di qualsivoglia specie occorse per la tutela del diritto sino al momento della domanda. Non è escluso che talvolta abbiano carattere stragiudiziale e tal'altra invece giudiziale; di questa ultima specie sarebbero le spese d'un sequestro, d'una perizia preventiva, di un esame a futura memoria, di un protesto e della sua notificazione, eseguite prima di intraprendere il giudizio, od altre affini.

In quanto ai *danni anteriori alla domanda*, devono i medesimi essere computati per la somma della quale sia chiesto l'effettivo pagamento. In generale i danni derivati dall'inadempimento di obbligazioni che hanno per oggetto somme di danaro, si risolvono negli interessi di mora (art. 1231 cod. civile). Ma quando si chiegga, in via accessoria ad una pronunzia principale, la condanna generica al rifacimento dei danni, o la riserva dei medesimi, salva la liquidazione in altra sede, teniamo per fermo che non si possa considerare questa domanda come un elemento che accresca il valore della causa. In ordine alla semplice *riserva*, non è nemmeno d'uopo ragionarne, giacchè le riserve non creano diritti. Per la *domanda generica*, contenendo essa sempre implicita la clausola *se ed in quanto ve ne siano e se ne dimostrino*, è manifesto che acquista un valore pecuniario soltanto nel giudizio di accertamento e di liquidazione. Ed una volta che questo viene rimandato ad altra sede, non v'ha materia peranco ad alcun apprezzamento su di un diritto che ignorasi se potrà essere comprovato e liquidato.

108. I *beni mobili* sono generalmente di facile valutazione. Ai criteri obbiettivi, quand'anco di maggiore esattezza, il legislatore preferisce però opportunamente in molti casi quelli tratti da una presunzione della legge o dal consenso delle parti; e ciò per l'intendimento prudentissimo di evitare nel maggior numero possibile di casi complicazioni e tergiversazioni all'esordire delle liti. La scelta del giudice devesi poter fare prontamente, senza di che l'azione della giustizia medesima rimane seriamente compromessa.

Quindi ci si spiega facilmente la ragione della regola scritta nello articolo 80: « Nelle controversie relative a beni mobili, il valore della causa è determinato dall'attore nella domanda ». Non essendo malagevole, nè per l'avversario nè pel giudice, di rilevare le troppo forti esagerazioni, di ordinario l'attore si guarderà da esse; per altra parte egli ha pur bisogno di giustificare *perchè abbia scelto quel giudice;* e la designazione del valore che egli faccia nell'atto della domanda, serve a tale effetto.

Digitized by Google

L'attore per avventura può omettere di esprimere la valutazione da lui attribuita alla cosa controversa. Allora, soggiunge il primo capoverso dell'articolo citato, *si presume che il valore sia di competenza dell'autorità giudiziaria adìta.* Ed è giusto: la presunzione scaturisce dal fatto medesimo di aver portato la domanda innanzi a quella autorità. Ma ci sembra che qui la legge non sia abbastanza completa. Essa avrebbe dovuto soggiungere che il convenuto ha diritto di provocare la *determinazione del valore*, quando lo creda di suo interesse. Ed a chiarire l'opportunità dell'aggiunta, valga un esempio: Si chiede innanzi al tribunale la restituzione di un cavallo, senza precisarne il valore; pel fatto medesimo di avere adito il tribunale, l'attore dimostra di valutarlo più di 1500 lire. Il convenuto, qualora sia convinto che effettivamente il cavallo abbia un valore di millecinquecento lire o poco più, non può muovere obbiezioni sulla competenza. Egli viene condannato alla restituzione, ma intanto il cavallo è morto. Nell'attore sorge il diritto all'indennizzo; ma non è certo detto che debba limitarsi a chiedere millecinquecentuna lira. Avvegnachè quando adiva il tribunale può aver pensato di attribuire all'oggetto della controversia il valore di diecimila lire; gli rimane adunque sconfinatissimo il campo per la pretesa di indennizzo. Mentre se avesse dichiarato nella citazione il valore attribuito all'oggetto della domanda molto più spedita e semplice si presenterebbe la risoluzione della nuova lite nel caso accennato o negli analoghi che facilmente si possono ripetere (1).

109. Ma quando l'attore *dichiari* il valore che attribuisce alla cosa, la legge non obbliga il convenuto ad accettarlo in silenzio. Essa ben vide quanto pericolo per lui si racchiuderebbe in una prescrizione di tal genere. Dispone il secondo ed ultimo capoverso dell'art. 80: « Il convenuto, nella prima risposta, può impugnare il valore dichiarato

---

(1) Non è senza interesse notare che il codice sardo del 1859 provvedeva in altra guisa contro l'inconveniente accennato, disponendo nei due ultimi capoversi dell'art. 40:

« La dichiarazione del valore espressa dall'attore per determinare la competenza, non lo pregiudica nel diritto di avere la cosa propria.

« L'accettazione della competenza per parte del convenuto non toglie ad esso il diritto di far constatare il valore vero, pel caso d'impedita restituzione ».

La prima delle quali regole è da tenersi come sussistente anche oggi, malgrado il silenzio del codice. Ed anche la seconda dovrebbe applicarsi per necessità, almeno nei casi contemplati dal primo capoverso dell'articolo 80, sebbene essa non basti a prevenire la difficoltà nel nostro esempio accennata.

Digitized by Google

o presunto come sopra. In questo caso il giudice decide, allo stato degli atti, se il valore della causa sia nei limiti della sua competenza ». Siffatto precetto che non esisteva nel codice sardo e nemmeno nel progetto Pisanelli, fu tolto, secondo attesta la relazione del guardasigilli Vacca annessa al decreto di promulgazione del codice, dall'articolo 91 delle leggi napolitane. Quivi era stabilito: « Il valore dei ducati trecento, fissato dalle leggi organiche per la competenza dei giudici di circondario debbe essere o determinato, o determinabile prontamente e *senza estrinseche pruove ed altre indagini:* altrimenti si avrà come indeterminato ».

Possiamo ammettere che il precetto di decidere sulla competenza *allo stato degli atti*, equivalga di fatto al *divieto di estrinseche pruove ed altre indagini*, scritto nella legge napolitana? Lo asserisce la citata relazione; ma non avendo essa il valore di una interpretazione *autentica* (v. art. 73 dello statuto) ci permettiamo di dissentirne. Qualunque fosse l'*intenzione* dei redattori, le parole « *allo stato degli atti* » non implicano *divieto d'istruttoria* (1). S'intende che questa dovrà essere ordinata solamente se proposta dalle parti o da una di esse, e se il giudice, nel caso di loro discordia, avvisi che sia utile allo scopo (2). Mancando proposta di prove orali non è certo vietato al giudice di giovarsi dello esame di titoli, od anche della notorietà di fatti o circostanze: egli non ha del resto l'obbligo di decidere *soltanto* sulla competenza: bensì, se la causa sia matura a decisione in merito e la riconosca di sua competenza, potrà pronunziare su questa e sul merito insieme.

Circa l'obbligo fatto al convenuto di impugnare il valore *nella prima risposta* è da avvertire: in primo luogo non essere certamente necessario che siffatta impugnativa *preceda ogni altra istanza o difesa*, come è voluto per la declinatoria del foro dal capoverso dell'articolo 187 (v. n. 95): in secondo luogo che la omissione della impu-

(1) Se le parti sono *d'accordo* per esaurire una prova, in molti casi il magistrato non è nemmeno posto in condizione, dalle forme processuali vigenti, di esaminare se la prova sia ammissibile o no. Del resto è fin troppo intuitiva la differenza di linguaggio e di concetto fra il testo napoletano e quello del nostro codice. La regola del codice nostro è dettata per *qualunque giudizio*, ed è applicabile tanto ai casi in cui il valore dichiarato dall'attore dicasi *superiore* al giusto, come a quelli in cui lo si dica *inferiore*. La legge napoletana aveva invece lo scopo di apporre una restrizione alla competenza dei giudici di circondario.

(2) La facoltà di assumere prove d'ogni specie per accertare la competenza è stabilita nel § 3 del codice di procedura germanico, che ricordiamo *infra*, al n. 112, in fine. E la ammette pure la nuova norma di giurisdizione austriaca, nel § 60.

Digitized by Google

gnativa nella prima risposta *non induce decadenza*, sebbene alcuni proceduristi lo insegnino. Si tratta di eccezione d'incompetenza per *valore*, e l'art. 187 permette di elevarla in ogni stato e grado di causa. Il ritardo avrà per sola conseguenza l'onere delle spese inutilmente effettuate e cagionate.

Che se l'attore non abbia dichiarato il valore e il convenuto non abbia elevato alcuna eccezione, ma il giudice dagli atti rilevi la prova della propria incompetenza, è certo che dovrà pronunziarla d'uffizio.

110. La regola dell'art. 80 riceve una parziale modificazione quando oggetto della domanda sono *derrate* da corrispondersi a titolo periodico, per causa di locazione o di colonìa, o di enfiteusi, o di rendita perpetua o vitalizia, o per qualunqne altro titolo. In simili casi, se *dal titolo* risulta stabilito il valore, tale indicazione è preferita ad ogni altra, come quella che riceve autorità dal consenso delle parti. Se manca, subentra qui pure l'obbligo nell'attore di fare la dichiarazione. In difetto di questa, il valore si desume dai prezzi medii del mercato più vicino al luogo della prestazione. Tali le disposizioni dell'art. 78. La opportunità che sia preventivamente accertato, in tutti questi casi, il valore delle prestazioni, nasce da ciò che più frequente è in essi il bisogno di ricorrere al pagamento in numerario, se il debitore non consegna la cosa dovuta. Quanto *ai prezzi medii del mercato più vicino*, riteniamo che non si tratti di media da determinare con riguardo ad un certo *periodo di tempo*, la cui durata sarebbe affatto arbitraria dal momento che la legge non ne fa cenno, ma bensì alla *media attuale*, ossia a quella che risulta dal confronto tra i prezzi massimi e i minimi praticati sul mercato *nel tempo in cui è spiegata la domanda*. È certo infatti che in armonia alle regole generali di diritto, per le prestazioni di cui si parla non si può pretendere la qualità *ottima* (prezzo *massimo*) nè si ha diritto di dare la *pessima* (prezzo *minimo*).

111. Appartengono alla categoria dei *beni mobili* tutti quelli con tal nome riconosciuti dal codice civile (art. 416 e segg.). Fra essi sono da collocare anche i diritti che scaturiscono dai contratti di locazione, quando si tratta del pagamento di fitti, pigioni, mercedi, che è semplice domanda *di somme di danaro*. Ma ove si controverta sopra la validità o la durata del contratto, si esercita un'azione personale ancora, la quale è relativa a beni mobili od immobili, secondo la natura della cosa locata. Il criterio di valutazione accolto per questo caso dalla legge è molto razionale: il valore della causa si determina cumulando i fitti, le pigioni, le mercedi, di che si contende e gli accessori (art. 77). La triplice indicazione dei fitti, delle pigioni e delle mercedi, dinota che

Digitized by Google

la regola si applica ad ogni specie di locazione, compresa quella delle opere. La frase: *di cui si contende*, va intesa in lato senso; la controversia può riguardare tanto in via diretta, come in via indiretta le rate da cumularsi. Un inquilino non ha pagato la pigione scaduta: il locatore chiede il pagamento di essa e la immediata rescissione del contratto; le rate da sommare saranno tutte quelle che *rimarrebbero da pagare* se il contratto avesse seguitato sino al suo termine stabilito, compresa la rata scaduta; poichè tutte codeste rate *rappresentano il diritto dell'inquilino al futuro godimento dello stabile*, ch'è appunto l'oggetto della disputa sollevata colla domanda di rescissione. Gli *accessori* non sono solamente le spese, i danni anteriori alla domanda e gli interessi scaduti, ma anche quelle appendici in natura che talvolta vengono pattuite fra il proprietario e il conduttore di fondi rustici, o quelle personali prestazioni che pure entrano in certi casi fra i correspettivi della locazione, ecc. Quando il fitto debbasi pagare in derrate, il valore delle medesime si stabilisce per un anno, seguendo il sistema dell'articolo 78, accennato nel numero precedente, e si fa poi il cumulo delle annualità come ora abbiamo detto (1).

112. Il problema relativo alla valutazione degli immobili, per averne norma nei casi in cui la controversia riguarda i beni stessi o i diritti reali che vi si riferiscono, ha una gravità giuridica ed economica di molto rilievo. Essa è attestata dalla medesima varietà dei sistemi che sono stati accolti dai legislatori in siffatto proposito.

In Francia, le controversie di cui parliamo sono soggette sempre alla competenza dei tribunali; ma a seconda del valore rispettivo sono decise inappellabilmente o con diritto d'appello. La linea di divisione tra le due categorie, fu tracciata nell'art. 1 della legge 11 aprile 1838, che dichiara soggette a giudizio inappellabile (*en dernier ressort*) le azioni immobiliari *sino a sessanta lire di reddito, determinato sia in rendita, sia come prezzo di locazione.* Questo criterio è stato sempre fecondo di enormi difficoltà e di infinite controversie. La *rendita* di un immobile può di leggieri essere simulata od alterata; d'altronde essa è eminentemente variabile e non fornisce sempre una valutazione esatta. Basta leggere in un qualunque trattato di procedura

(1) L'art. 77 non contempla però le azioni *di sfratto per locazione finita*, delle quali si tiene discorso nel capo seguente (n. 138). Deve inoltre essere ricordato che giusta l'art. 10 n. 2 della legge 16 giugno 1892 sono di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni di beni immobili nel limite di lire cento, e quella di sfratto se la pigione od il fitto per la rimanente durata della locazione non ecceda il detto valore. Vedansi in proposito le osservazioni esposte al n. 138.

Digitized by Google

francese la esposizione degli inconvenienti di tale sistema, per intendere l'opportunità di evitarli.

La legislazione processuale austriaca ha adottato recentemente il sistema di considerare come valore di un immobile l'importo che viene preso in considerazione qual valore di stima imponibile per la commisurazione delle tasse (§ 60 della norma di giurisdizione del 1895).

Le leggi napolitane, per la estimazione del valore prendevano per base la rendita annua imponibile iscritta nella matrice dei ruoli fondiari, operando su questa base la capitalizzazione mercè la moltiplicazione per quindici se si trattasse di fondi rustici e di dieci se di edifizi (art. 92).

Il codice parmense, pur deferendo le azioni reali immobiliari ai tribunali civili, ne volle determinato il valore per l'effetto dell'appellabilità; niun'altro criterio però esso addottava, fuori che la domanda dell'attore, il quale poteva dichiarare che invece dello stabile o del diritto reale per cui agiva, si sarebbe accontentato di una somma di danaro non superiore a lire milleduecento; in difetto di dichiarazione la lite era suscettiva di appellazione (art. 75).

Ugualmente sulla dichiarazione dell'attore fondava il codice estense la distinzione fra le azioni reali (mobiliari ed immobiliari) soggette in primo grado alla competenza del giusdicente (pretore) e quelle devolute al tribunale di prima istanza. In mancanza di dichiarazione non ammettevasi la competenza del giusdicente.

Il regolamento gregoriano desumeva il valore degli immobili dalle stime censuali (§ 457); ma nei casi di incertezza la dichiarazione dell'attore, di non valutare più di duecento scudi la cosa controversa, rendeva competente senz'altro il giudice singolo (§ 2 della notificazione 11 marzo 1834).

Il codice sardo del 1854 accettava come primo criterio per stabilire il valore dei beni immobili, *i titoli;* in difetto di questi prescriveva di determinarlo moltiplicando per cento *il tributo prediale* (art. 40); nondimeno ognuna delle parti era in facoltà di chiedere *la perizia* a proprie spese (art. 42). Analoghe discipline ripeteva il codice del 1859 (art. 39).

Il codice dell'impero germanico ha soltanto la seguente disposizione generale nel § 3: « Il valore dell'oggetto della lite è stabilito dal tribunale secondo il suo libero apprezzamento; all'uopo potrà ammettere la proposta di una prova od ordinare una visita dei luoghi ed una relazione di periti ».

113. Di tutti i metodi che si offerivano alla sua elezione, il legislatore italiano preferì il più semplice, quello, cioè, che permette di determinare il valore della causa con maggiore prontezza e

Digitized by Google

perspicuità, rendendo impossibili le controversie preliminari non meno che i dispendiosi perditempi di indagini probatorie. È desso il metodo della valutazione in base al *tributo fondiario*. Ma per dare maggiore semplicità al suo sistema, ha tenuto in contemplazione solamente il *tributo diretto verso lo stato*. Le sovrimposte comunali e provinciali sono escluse perciò dal calcolo; ed è bene, attesa la variabilità più frequente della loro misura, sia nei diversi territorii comunali e provinciali, sia in anni successivi nel medesimo territorio. Il tributo diretto che si paga effettivamente allo stato, *moltiplicato per cento*, indica il valore capitale dell'immobile: ed è questo il solo criterio su cui si adagia la determinazione del valore della lite. Nè titoli, nè stime, nè consenso di parti, possono influire minimamente nella indagine, la quale si esaurisce colla pura e semplice presentazione del certificato catastale (art. 79, 1° alin.).

Si può obbiettare che il centuplo del tributo diretto non è sempre la esatta espressione del valore venale degli immobili. Per lo meno è esso una espressione che si approssima al vero; e siccome serve *soltanto per determinare la competenza*, il difetto che può avere rimane esuberantemente compensato dai grandissimi ed innegabili pregi di semplicità, prontezza e sicurezza che gli sono inerenti.

È noto però che vi hanno parti del territorio nazionale non ancora provvedute, o non fornite completamente, di tavole e mappe catastali; e non mancano altre ragioni per cui talvolta un immobile non sia soggetto al tributo fondiario. Anche in mancanza di questo criterio ufficiale, il legislatore ha voluto andare per la via breve; il valore della causa si presume, in difetto di determinazione del tributo, superiore sempre a lire millecinquecento; quindi essa è di competenza dei tribunali (art. 79 ult. capov.) (1).

Se pertanto venga istituita un'azione immobiliare senza la presentazione del certificato del tributo, dove esistano i libri del catasto, dovrà il magistrato prescrivere anche d'uffizio la presentazione di tal documento; giacchè esso è l'unica fonte da cui gli è permesso desumere se la causa sia o no di sua competenza, per esaurire la ricerca impostagli dall'art. 187.

114. Le azioni reali immobiliari, non tutte riguardano la *proprietà* di un immobile; quindi non sarebbe sempre esatto assu-

(1) Si eccettui il caso in cui l'immobile non paghi tributo, perchè questo risulterebbe inferiore ad un centesimo di lira. In tale ipotesi la moltiplicazione per cento può aver luogo tuttavia sulla base del centesimo, e non mancherebbe quindi il modo di stabilire il valore della controversia col sistema legale.

Digitized by Google

mere l'intiero valore dell'immobile come quello della lite. Vi hanno pertanto nel citato articolo 79 talune convenienti distinzioni. E precisamente:

a) Se la controversia cade sull'*usufrutto* ovvero sulla *nuda proprietà*, il valore isolato di uno di questi diritti si considera come *metà* di quello della proprietà piena; e quindi il tributo diretto viene moltiplicato per *cinquanta* (art. 79, capov. primo);

b) Se si disputa sul *regolamento di confini*, è chiaro che solamente una zona di terreno forma oggetto di controversia fra i proprietari confinanti; sarebbe assurdo apprezzare in questo caso la lite in relazione al valore dei due fondi contigui o di uno dei medesimi; — la legge prescrive che si valuti *la parte di proprietà controversa*, mediante la moltiplicazione per cento del relativo tributo (art. 79, capov. terzo) (1);

c) Se si tratta di *servitù prediale*, il valore della lite è determinato da quello *del fondo serviente* (art. 79, capov. secondo); a dir vero il valore controverso sarebbe qui realmente costituito dalla *diminuzione di valore che subisce il fondo serviente*, ma vista la difficoltà di determinarla senza complicate ricerche, la legge ha preferito un criterio più semplice, quantunque alquanto grossolano, essendo indubitabile che per quanto grande sia il valore di una servitù, esso non potrà mai oltrepassare e nemmeno uguagliare quello del fondo su cui è imposta. Ma poichè i termini della disposizione contemplano *il fondo serviente*, senza restrizione di sorta, è giuocoforza ritenere che s'abbia da considerare il valore dell'intero fondo anche quando la servitù (come del resto avviene molto spesso) ne colpisca soltanto una zona circoscritta; in vero, il deprezzamento cade su l'intiero fondo, a cagione della servitù, non su lo spazio più o meno esteso nel quale è esercitata. Il valore del fondo serviente è naturalmente ottenuto centuplicandone il tributo diretto erariale. La disposizione in esame si applica non meno alle controversie sulla *esistenza* che a quelle sull'*esercizio* delle servitù.

115. Una osservazione può riuscire utile nella pratica, quantunque sovra il suo oggetto non sembri ammissibile veruna discussione. L'articolo 79, nel suo primo alinea dichiara formalmente che il criterio di valutazione ivi contenuto si applica al caso di controversia *sulla proprietà* di beni immobili. I singoli capoversi dello stesso articolo specificano pure le classi di litigi per cui ciascuna delle successive regole è dettata. Quindi tutte le volte che le azioni

(1) Se non sarà possibile determinare propriamente il tributo relativo alla parte di proprietà in controversia, sarà da prendere per base quello imposto sulla particella censuaria (numero di mappa) in cui essa è compresa.

Digitized by Google

non entrino in una od altra categoria di quelle nell'articolo tassativamente designate, cesserà dall'essere applicabile il sistema di valutazione stabilitovi. Pertanto le azioni *personali*, quand'anco relative ad un immobile, non sono soggette alle regole dell'articolo 79, ma il valore della causa si determina sulla base della domanda secondo le norme generali già esposte. E analogamente dicasi di ogni azione reale diversa da quelle che la legge specificamente menziona.

115 *bis.* Suscita però dubbi il caso di controversia sul diritto dell'enfiteuta (utile dominio), non dettando la legge in modo specifico il metodo di sua valutazione.

Il valore del dominio enfiteutico od utile è, economicamente, quello della proprietà libera, diminuito del capitale corrispondente al canone che si deve pagare, nei periodi stabiliti, al direttario. Converrebbe quindi, per conoscere siffatto valore, promuovere una stima; ma poichè il metodo delle stime, a scopo di determinare la competenza, è costantemente respinto dal legislatore, questa via non può giudicarsi la buona. Rimarrebbe di moltiplicare per cento il tributo diretto dovuto allo stato, per avere il valore presuntivo della proprietà libera; da questo, poi, detraendo il capitale del canone enfiteutico, si otterrebbe il residuo indicante il valore del dominio utile. La soluzione sarebbe razionale se non incontrasse un serio ostacolo nella possibilità di risultati assurdi, derivanti dall'applicazione di due metodi, fra loro diversi in modo sostanziale, alla ricerca di un solo ed unico dato. Quando moltiplichiamo per cento il tributo diretto verso lo stato, abbiamo un valore soltanto presuntivo; in molti casi sarà prossimo al valore venale; ma non manca un numero pur grande di casi in cui circostanze d'una o d'altra specie contribuiscono ad allontanare di molto dal vero il valore conseguito con quel calcolo. Invece, la capitalizzazione del canone si fa con metodo certo e preciso; secondo il sistema della nostra legge (v. n. 128) si cumulano venti annualità di canone per averne il capitale alla ragione legale del cento per cinque. Ora, chi può guarentire che, detraendo dal valore approssimativo o presuntivo dell'immobile, il valore certo del capitale corrispondente alla corresponsione enfiteutica, rimarrà ancora stabilito il valore approssimativo o presuntivo del dominio utile in una proporzione analoga a quella che si era ottenuta rispetto alla piena proprietà? Chi può escludere che, in un caso di aliquota erariale molto bassa, la centuplicazione del tributo diminuita dal valore capitale del diretto dominio dia un residuo affatto irrisorio?

Queste difficoltà ci fanno contrari al sistema accennato; e non essendo nemmeno da esaminare la proposta di chi vorrebbe valutato il diritto dell'enfiteuta come quello dell'usufruttuario, troppo manifesta

Digitized by Google

essendone la sostanziale diversità, noi pensiamo dover ricorrere ad una soluzione la quale si conforma all'indirizzo generale del pensiero del legislatore. Crediamo cioè che la controversia sul diritto dell'enfiteuta debba essere valutata mediante la centuplicazione del tributo diretto verso lo stato, come nel caso di libera proprietà. In appoggio osserviamo che il diretto dominio funziona, nella nostra legislazione, come un diritto reale solo nominalmente perpetuo, ma in realtà risolubile a piacere dell'utilista. Se, adunque, nelle controversie sulla proprietà non si detraggono dal valore del fondo, per l'effetto di determinare la competenza, nè i pesi reali perpetui (servitù) nè quelli temporanei (ipoteche) che pure sono altrettanti fattori di deprezzamento della proprietà stessa, non ci sembra di fare violenza al concetto generale della legge propugnando per l'enfiteusi il suesposto metodo. Si avrà una valutazione superiore al vero; e sia: ma il legislatore stesso ci dà esempio ed autorità per ritenerla buona, nel metodo che volle applicato alla valutazione delle servitù prediali (v. n. 114).

Quanto alla valutazione del diretto dominio è pacifica per questa l'applicazione dell'art. 76 di cui ci occupiamo più oltre (n. 128).

116. Vi sono, come ebbesi ad accennare, taluni diritti che non appartengono nè alla classe dei beni mobili nè a quella dei beni immobili, poichè non si riferiscono a cose in commercio. La valutazione di codesti diritti è impossibile, appunto perchè non sono alienabili. La legge, per non lasciare aperto il varco a divagazioni o sottigliezze, sancì che le azioni di valore indeterminabile si considerino di un valore superiore a lire millecinquecento, con che le devolse alla competenza esclusiva del tribunale. La legge (art. 81) accenna alle controversie « di stato, di tutela, di diritti onorifici, *e altre* »; questo linguaggio è chiaro abbastanza per dimostrare che si tratta di una disciplina generale, applicabile ad ogni sorta di casi che dal punto di vista di cui discorriamo presentino analogia con quelli menzionati nel codice.

117. Salve le eccezioni di cui diremo appresso, determinate dalla *materia* del litigio, e salva la competenza speciale dei probi viri, la cognizione delle liti, secondo la ragione del loro valore è divisa fra le tre giurisdizioni dei conciliatori, dei pretori e dei tribunali. I conciliatori hanno competenza sino a lire cento; i pretori l'hanno successivamente sino a lire millecinquecento; i tribunali conoscono di tutte le altre controversie (art. 71, 84, n. 1 e 85, n. 1 del codice di procedura e art. 10 della legge 16 giugno 1892 sui conciliatori).

Le regole dianzi analiticamente esposte servono di guida per determinare il valore delle domande che si devono proporre in giudizio, quando si tratta di casi semplici. Vi sono però molto spesso

Digitized by Google

elementi speciali che si introducono nel giudizio e che influiscono a modificare i principii regolatori della competenza. Di essi dobbiamo al presente tener discorso.

118. Può presentarsi in un giudizio *pluralità di domande* o *pluralità di parti* interessate (più attori o più convenuti).

Il *cumulo obbiettivo* delle istanze, la facoltà cioè di proporre congiuntamente varie e distinte azioni fra le stesse persone, in un unico contraddittorio, ha il favore del nostro codice, espressamente attestato nell'art. 73, il quale però contemplando questo caso fornisce un criterio speciale per la valutazione della complessiva controversia. È evidente invero che la facoltà di cumulare le azioni incontra nelle ragioni della competenza, di qualunque specie esse siano, limiti necessari. La disposizione dell'art. 73 distingue fra il caso in cui si propongano più domande dipendenti da un medesimo titolo e quello di domande fondate su titoli distinti. Il primo caso presenta più che un semplice cumulo; si tratta di un diritto solo che si svolge in atteggiamenti diversi, o di diritti intimamente connessi i quali scaturiscono da una medesima sorgente. È quindi ragionevole che si consideri una e quasi inseparabile l'azione che li raccoglie nella comune tutela. Il valore di questa azione è significato, per conseguenza, in una sola cifra; quella che risulta dalla somma dei rispettivi valori d'ogni singolo capo di domanda. Quando i titoli siano *distinti*, il cumulo è semplicemente estrinseco e non ha altra giustificazione che quella della *comodità*, cioè dell'interesse delle parti a non moltiplicare fra loro il numero dei litigi. Il giudice deve conoscere di ciascheduna domanda come se in isolato giudizio fosse stata dedotta; ecco perchè la legge in questo caso ha riguardo al valore di ciascuna domanda presa separatamente (1).

Quando si parla di *titolo* unico e di *titoli* distinti si allude alla causa del *vinculum juris*, non al *documento* che lo comprova, od al fatto materiale da cui ha origine ciascuna singola obbligazione. Onde può accadere che si abbiano a considerare come dipendenti da unico titolo obbligazioni originate da fatti distinti od attestate in documenti diversi; e possano invece essere dipendenti da titoli distinti obbligazioni contenute in uno stesso documento. Non occorre dire che le obbligazioni *formali*, quelle cioè la cui sostanziale validità è deter-

(1) Il codice sardo del 1854 (art. 30) prescriveva che sempre si addizionassero i valori delle domande proposte in un medesimo giudizio; e questa è la regola accolta nel codice germanico (§ 5), salvo che per il caso di domanda riconvenzionale. L'adottò pure il legislatore austriaco (§ 55 della nuova norma di giurisdizione).

Digitized by Google

minata dalla forma del documento da cui sono recate, come le cambiali, formano ciascuna titolo distinto, quand'anco abbiano una causa originaria comune, la quale non deve essere ricercata, se non nei casi in cui la legge lo permette: così, per le cambiali, quando sorga controversia diretta fra l'emittente od accettante e il prenditore o traente.

119. Circa la pluralità delle *persone*, vi ha nel codice, all'articolo 74, una disposizione assai circoscritta. Essa contempla solamente l'ipotesi che più attori chiedano in un medesimo giudizio, da uno o più convenuti, il pagamento *della loro parte di un credito*. La determinazione del valore della causa non poteva essere fatta che sulla base dei criteri svolti nell'art. 73; e perciò non occorrono spiegazioni alle parole dell'art. 74 che dichiarano determinarsi il valore della causa *dalla somma totale*. Si tratta infatti di un titolo solo.

Ma l'art. 74 offre argomento per proporre la questione se più attori potrebbero esperire domande dipendenti da titoli distinti, in un medesimo giudizio contro uno o più convenuti, o se un attore potrebbe proporre contro più convenuti in un solo giudizio domande distinte e prive di connessione. Certamente la legge non fornisce alcun criterio speciale per la determinazione del valore delle liti in consimili ipotesi: ma ciò non significherebbe ancora che siano proibiti i cumuli di cui parliamo (*cumuli subbiettivi*). La sede opportuna all'esame della questione è nel seguente libro, al quale la riserbiamo (num. 228).

120. Non ha bisogno di essere illustrata la disposizione dell'articolo 75, la quale applicando alle controversie che possono sorgere in materia di sequestri o di pignoramenti, la regola che il valore della causa si determina dalla domanda, dispone che si abbia riguardo:

a) Al credito per cui si procede agli atti di sequestro o pignoramento, se si contende intorno al diritto del sequestrante o pignorante, o intorno alle forme della procedura;

b) Al valore degli oggetti controversi, se un terzo pretenda di rivendicare in tutto od in parte la proprietà delle cose pignorate o sequestrate;

c) Al valore separato di ciascuno dei crediti concorrenti e controversi, se la disputa volga sulla distribuzione del prezzo.

121. Ma un punto ben più importante e delicato del presente studio consiste nel ricercare quale influenza eserciti *l'eccezione* sopra il valore della causa.

Il fine pel quale è proposta una eccezione, ordinariamente, è quello solo di ottenere che sia respinta la pretesa dell'attore. Il giudizio pronunziato sopra la eccezione, adunque, in quanto raggiunga

Digitized by Google

codesto effetto, non esorbita, secondo la logica, dal valore della domanda; pronunziare che il diritto dell'attore sussiste, perchè le difese del convenuto non valsero a dimostrare il contrario, o pronunziare che il diritto non sussiste per la opposta ragione, è, dal punto di vista del valore della controversia e della estensione della regiudicata, una medesima cosa. Quando l'attore invoca il giudizio sulla propria pretesa innanzi al giudice che fu dal legislatore autorizzato a esaminarla, non può questo giudice non avere la facoltà di esaminare altresì le ragioni che si adducono per farla respingere. Indi è nata la regola, comunemente nota ed accettata, che il giudice dell'azione è pur giudice della eccezione. Il che, parafrasato, significa non avere l'eccezione alcuna influenza sul valore della lite.

Questo insegnamento non potè tuttavia essere accolto senza riserva. La dottrina ha ben dovuto tener conto della esistenza di eccezioni di differente natura ed effetto. Si distinguano queste categorie tra loro coi nomi di eccezioni *semplici* e *riconvenzionali*, come noi abbiamo fatto, o invece con altri nomi (come quelli antichi e meno opportuni di eccezioni *in senso processuale* ed in senso *materiale*), non è il nome ma la sostanza delle cose che merita attenzione. Ora, la sostanza è questa: che con una eccezione riconvenzionale viene provocato il giudizio del magistrato sopra un oggetto o sopra un rapporto giuridico diverso o più ampio di quello su cui lo provocava la domanda dell'attore. Potrà senz'altro ripetersi, anche qui, che la eccezione non influisce sul valore della controversia?

Prima di risolvere siffatto quesito bisogna porsene un altro: la sentenza che pronunzia sulla domanda e sulla eccezione acquista autorità di cosa giudicata tanto sull'una che sull'altra?

Niuno esita a rispondere affermativamente, quando si sia in presenza di eccezioni *semplici*, ovvero anche di eccezioni *riconvenzionali* le quali non eccedano, per il valore della disamina nuova che propongono, la sfera di competenza del giudice adìto. La difficoltà e i dispareri nascono a proposito delle eccezioni riconvenzionali il cui valore, da sè considerato, eccede quella competenza. Opinasi da alcuni scrittori che anche in questo caso il giudice competente per la domanda lo sia del pari per la eccezione, allegandosi che egli non statuisce sulla eccezione, ma sulla domanda; o, per dirla più chiaramente, che la sentenza emananda non dovrà acquistare autorità di giudicato sul fatto o sul rapporto giuridico dedotto nella eccezione, se non in quanto ne ebbe a ricavare i motivi per respingere la domanda. In altre parole ancora, sarebbe deferita al giudice della domanda una cognizione *incidentale* sopra la eccezione riconvenzionale superante per sè la di lui competenza; e siffatta cognizione incidentale sarebbe circoscritta a quel

Digitized by Google

tanto di esame che occorre farne in rapporto alla domanda. Accolta o respinta la domanda, le maggiori conseguenze giuridiche delle quali potesse essere produttiva fra le parti la controversia sulla eccezione riconvenzionale rimarrebbero impregiudicate. Un tale sistema potrà, in astratto, sembrare più o meno ingegnoso e plausibile; potrà anche invocare il favore della tradizione dimostrata mediante l'analisi di antiche massime procedurali: ed è senza dubbio il fatto di questa tradizione favorevole che spiega come esso abbia facilmente conquistato le simpatie di parecchi egregi scrittori. Ma, se non erriamo, non è questo il sistema della procedura italiana vigente; il legislatore patrio lo ha abbandonato; e, secondo noi, ne merita lode.

122. Quando l'attore spiega una pretesa contro il convenuto, ragion vuole che questi abbia facoltà di opporre ogni sua propria contropretesa per parare il danno di una ingiusta domanda. Se a tale effetto egli è costretto a suscitare l'esame, la discussione e la decisione di un rapporto giuridico o di un fatto il cui valore eccede la competenza del giudice, non può derivarne ostacolo alla libertà della difesa sua. Ma perchè questa sia intiera, sicura in ogni parte, veramente efficace, sembra logico che debba poter suscitare un giudizio pieno e completo sopra il tema di controversia posto a base della eccezione. Niuna difficoltà essenziale si oppone a ciò, dal momento che contro l'interesse legittimo del convenuto a ottenere favorevole simile giudizio, sta l'interesse parimente legittimo dell'attore a ottenerlo a sua volta per sè favorevole. I due interessi stanno di fronte; il magistrato è nel mezzo. Una decisione soltanto *parziale* ed *unilaterale* su questa contesa lascierà sempre dubbi, non dileguabili facilmente, sull'ampiezza e diligenza dell'esame istituito dal giudice. D'altronde, poichè i due opposti interessi stanno di fronte, perchè non accordare ad essi la più ampia libertà di azione e non provvedere a una definitiva sistemazione del contrasto che li ha armati l'uno contro l'altro? Solo perchè un tanto risultato non è esattamente proporzionale al fine che proponeva l'attore alla pronunzia giudiziaria quando spiegava la domanda? Evidentemente la ragione si risolve in una rigidità formalistica la quale negli antichi sistemi procedurali potè imperare in quanto serviva ad evitare conflitti giurisdizionali tra i diversi fori sempre fra loro gareggianti e sospettosi. Ma oggi, che la giurisdizione civile è funzione della sovranità dello stato esclusivamente, quella ragione non ha più fondamento logico e giuridico. Il mantenerla in vigore produrrebbe soltanto un effetto dannoso: quello, cioè, di lasciare viva la semenza di liti future le quali possono con molta facilità essere prevenute qualora si ammetta che la provocazione fatta dall'attore con la domanda dia luogo ad un

Digitized by Google

pieno giudizio non tanto sopra di essa quanto eziandio sopra tutti i mezzi di difesa, che, nei limiti dalle leggi consentiti, il convenuto opponga, per mettere in luce lo stato dei propri diritti subbiettivi in confronto dell'attore e in relazione al contrasto da costui suscitato. Più pronta, più larga, più benefica, si rivela con questo sistema l'opera della giurisdizione civile restauratrice dell'ordine giuridico privato; e lo spirito nuovo che lo informa è perfettamente consono al carattere e all'uffizio sociale della sovranità nello stato moderno.

Tale il principio. La sua applicazione è la seguente: la sentenza del giudice deve conseguire autorità di giudicato tanto sulla domanda come sulla eccezione. Laonde, se la eccezione riconvenzionale non eccede pel suo valore la sfera di giurisdizione del magistrato adìto dall'attore, si osserverà la regola che il giudice dell'azione è giudice della eccezione, in conformità a quanto fu di sopra considerato. Ma se la eccezione riconvenzionale eccede quella sfera, allora, dovendo la sentenza acquistare autorità di giudicato anche sopra di essa, nè potendola acquistare se non provenga da giudice competente, ne deriva la necessità di ricercare questo giudice e di trasferire la controversia al foro di lui, affinchè il risultato possa ottenersi. In tal caso, pertanto, cessa di aver vigore la regola che il giudice dell'azione è giudice della eccezione e si fa luogo all'impero di un'altra regola, opposta, dovendosi dire che *il giudice della eccezione è giudice dell'azione*.

123. Il nostro codice non sanziona in forma precettiva il doppio principio così dimostrato (1). Ed invano cerchiamo negli altri codici qualche chiaro precetto intorno ad esso. Il regolamento gregoriano stabiliva *tassativamente* alcuni casi nei quali l'eccezione sottraeva alla competenza del giudice singolo la causa che a termini della domanda sarebbe stata di sua giurisdizione (§§ 506 e 507); il codice germanico, nel già citato § 3, rimettendo al tribunale di valutare *l'oggetto della lite* (e non quello della *domanda* soltanto), lascia intendere che possa nei casi in cui occorre, tenersi conto anche delle eccezioni. In complesso però vi ha in questa parte della codificazione una lacuna rilevantissima a cui supplisce la giurisprudenza col suo spirito pratico di adattamento.

---

(1) Però, che questo sia il principio a cui la nostra legislazione processuale si informa, riconosce ormai, con notevole progresso di concordia, la patria giurisprudenza. Vedansi le recenti decisioni: cass. Torino, 5 febbraio 1897 (*Giurispr. Ital.*, 1897, I, 1, 537); cass. Roma, 5 febbraio 1897 (*ivi*, I, 1, 241); cass. Roma, 22 luglio 1895 (*ivi*, 1895, I, 1, 875); cass. Firenze, 1° aprile 1895 (*ivi*, I, 1, 1026); cass. Torino, 21 marzo 1894 (*ivi*, 1894, I, 1, 518), ecc.

Digitized by Google

Fra noi, gli interpreti ed i magistrati, colpiti dalla necessità di derogare soventi alla regola che il giudice dell'azione è giudice dell'eccezione, sono ricorsi all'espediente di spiegare il vocabolo *domanda* di cui al primo alinea dell'art. 72, come sinonimo di *controversia:* così al vocabolo *domanda* viene attribuito per necessità di razionale esegesi il significato di *azione in senso lato*, comprendente cioè la domanda e la eccezione. Come già accennammo, il sistema del nostro codice è sostanzialmente ispirato al concetto che l'eccezione, se ha carattere riconvenzionale, influisce sul valore della lite. Per dimostrarlo possiamo anzitutto addurre la norma contenuta nel secondo capoverso dell'art. 72, nel quale sta disposto: « Quando si domandi una somma che sia *parte* e non *residuo* d'una maggiore obbligazione, il valore si desume *dalla obbligazione intiera se questa è contestata* ». Vi ha qui senza dubbio una schietta e fedele applicazione della teoria enunciata.

124. Se si domanda il *residuo* di una obbligazione di maggior somma, s'intende esclusa, per ciò appunto che si tratta di residuo, ogni possibilità di futura lite sull'altra parte della obbligazione. Dunque la decisione che fu dall'attore provocata, qualunque siano le eccezioni del convenuto, non potrà mai statuire sopra un valore maggiore di quello domandato; e la valutazione della controversia non è da tali eccezioni minimamente modificata (1).

Se si domanda *parte* di una maggiore obbligazione, che pel resto rimane sussistente, e *nessuna contestazione* sorge sull'intiera obbligazione, ciò significa che il convenuto si limita ad opporre *eccezioni semplici* contro la domanda *della parte*. Il valore della causa rimane ancora inalterato nei confini assegnatigli dalla domanda.

Ma se, domandandosi parte di una obbligazione ancora sussistente in maggiore importo, questa viene *nella sua totalità* contestata, si ha una eccezione *riconvenzionale* il cui valore è certamente maggiore

(1) Che cosa intendasi per *residuo*, nel senso qui voluto dalla legge, è bene chiarirlo. Non è soltanto la *frazione aritmetica* di una maggiore somma di danaro o di una intiera cosa che affermisi avesse dovuto essere data o prestata, e di cui dicansi già date o prestate le altre frazioni. Ma è, in genere, qualunque oggetto di controversia civile, che presentisi in giudizio come il solo resto litigioso attuale di un rapporto maggiore che nelle altre parti non è, od ha cessato di essere, argomento di contesa. Per esempio: se agitatasi disputa fra i contraenti sulla esecuzione dei loro patti, abbiano concordato la risoluzione del contratto ma siano rimasti discordi circa l'obbligo del risarcimento di danni, la domanda per tale risarcimento dovrà essere proposta innanzi al giudice che su di essa ha competenza per ragione di valore, non già a quello che sarebbe stato competente per pronunziare la risoluzione del contratto.

Digitized by Google

di quello della domanda: e perciò deve essere considerato per l'eventuale spostamento di competenza che nè può derivare.

Questa triplice esplicazione della regola dettata nell'ultimo capoverso dell'art. 72, collima in ogni punto colle deduzioni che abbiamo premesse. E vedremo fra poco altre non meno chiare applicazioni del medesimo concetto (v. nn. 128, 180). Il che ci fa ripetere essere le medesime da accogliersi come indispensabile complemento delle discipline relative alla competenza per valore.

125. Il funzionamento pratico del sistema si presenta abbastanza semplice e sicuro. Proposta dal convenuto una eccezione riconvenzionale, si deve tosto prenderne in considerazione il valore, poichè, qualora esso esorbiti dalla giurisdizione del magistrato adìto dall'attore, ne deriva una influenza modificatrice sulla determinazione della competenza. Che nel caso accennato questa influenza si verifichi, e non si verifichi invece allorquando il valore della eccezione non esce dai confini della giurisdizione investita della domanda, è circostanza che non può fornire pretesto a critica; giacchè essa non rende difficile nè variabile l'applicazione della regola. Tanto varrebbe dire che è difficile e variabile l'applicazione della regola che stabilisce il valore della causa essere determinato dalla domanda, per la considerazione che, secondo la misura di tal valore, il giudice adìto deve dichiararsi competente od incompetente a norma dei casi.

Importa tuttavia osservare che la ragione essenziale della regola sta nell'*interesse*, così del convenuto che propone l'eccezione, come dell'attore che da essa si difende, a ottenere una regiudicata che esaurisca pienamente fra loro la controversia nella eccezione medesima dedotta (v. n. 122). L'interesse di cui qui si parla è quello che fu già definito come elemento fondamentale di ogni discussione giudiziaria (v. n. 35); quello cioè in virtù del quale una parte è costituita in confronto dell'altra nella qualità di *contraddittore legittimo*. Ora, vi sono alcune specie di eccezioni riconvenzionali in rapporto alle quali l'interesse di una discussione e decisione fra le parti è circoscritto ai soli effetti della pronunzia sopra la domanda dell'attore; è circoscritto, cioè, a quella semplice *cognizione incidentale* di cui più innanzi fu fatto cenno. Tale particolarità si verifica a proposito di quelle controversie che già furono note nel diritto romano sotto il nome di *praeiudicia*, quando esse vengano suscitate per mezzo di una eccezione riconvenzionale, fra litiganti che non possano essere considerati rispetto ad esse come *legittimi contraddittori* se non in un senso relativo. Le controversie a cui alludiamo sono, nel moderno diritto giudiziario, soltanto quelle relative alla *capacità* od allo *stato*

Digitized by Google

delle persone ed alla *qualità ereditaria*. Coll'aiuto di un esempio chiariremo questo punto.

126. Tizio, affermandosi erede di Caio, cita Paolo in giudizio perchè paghi a lui un debito professato verso il *de cujus*. Paolo eccepisce: non pago a voi, perchè non siete erede. Senza dubbio questa è eccezione riconvenzionale, che trasporta l'esame del giudice dalla questione concernente il debito a quella che riguarda la qualità ereditaria. Ma con quale interesse il convenuto forma siffatta eccezione? Esclusivamente con quello che gli deriva dalla qualità di debitore della successione. Ove da esso si prescinda, il convenuto non ha verun interesse per contrastare all'attore l'esercizio della qualità ereditaria per qualsivoglia altro effetto della medesima. Ciò stante, appare manifesto che fra l'attore e il convenuto la controversia sulla qualità ereditaria può formare oggetto semplicemente di una disputa diretta a stabilire se il debito debba essere o no pagato in conformità della domanda. E la cognizione del giudice si terrà ristretta nei confini di un semplice esame incidentale, non potendo esercitare autorità di giudicato se non sopra la domanda di pagamento. In siffatta condizione di cose e di rapporti, la legittima contraddizione fra le parti intorno alla eccezione riconvenzionale non è piena e intiera, ma unilaterale e parziale. L'eccezione, sebbene per sua natura riconvenzionale, funziona nel caso considerato come un'eccezione semplice; in altre parole, non esercita influenza sul valore della lite, giacchè il giudicato non si formerà se non *sopra la domanda* e per il valore in essa contenuto.

Suppongasi invece che Tizio, affermandosi erede di Caio, pretenda da Paolo il rilascio di certi beni appartenenti alla successione e Paolo opponga: non restituisco questi beni ma legittimamente pretendo ritenerli per me, essendo io il vero erede di Caio. Ancora qui abbiamo una eccezione riconvenzionale; ma in questo caso essa funzionerà normalmente secondo la sua natura; e, al bisogno, determinerà una modificazione di competenza. Imperocchè, fra i due che si contendono la qualità ereditaria, è manifesto l'interesse a far decidere la controversia su tale qualità, non al solo effetto della consegna dei beni chiesti dall'attore, ma anche per tutte le altre maggiori conseguenze che una pronunzia su questo tema sia capace di produrre fra loro, e per quelle eziandio che potrà produrre in confronto di terzi.

Ben inteso, che l'esaurimento di tale controversia fra *legittimi contraddittori* non impedirà che intorno ad essa possa sorgere più tardi un nuovo *legittimo contraddittorio:* come nel caso in cui l'erede vittorioso si vedesse sorgere di contro, successivamente, altro aspi-

Digitized by Google

rante all'eredità con titolo poziore. A dir vero non sarebbe più *la stessa controversia;* ma sarebbe pur sempre una nuova contestazione sulla qualità ereditaria, non evitata nè eliminata dalla decisione della prima, la quale non fa stato *erga omnes.*

Pertanto, quando l'eccezione riconvenzionale deduca in lite una delle accennate questioni conviene ricercare se fra le parti vi sia possibilità di legittima contraddizione intorno ad essa ad effetti più ampii della semplice pronunzia sulla domanda dell'attore. Se tale possibilità viene accertata, l'eccezione riconvenzionale avrà qui pure il suo ordinario funzionamento; se viene esclusa, funzionerà come eccezione semplice.

126 *bis.* Ciò che diciamo delle controversie sullo stato, sulla capacità o sulla qualità ereditaria, non crediamo possa essere esteso a controversie su diritti reali. Per esempio: Tizio domanda a Caio la restituzione di un immobile che dice avergli conceduto in affitto. Caio oppone esserne proprietario. Vi ha qui una eccezione riconvenzionale il cui valore è rappresentato da quello dell'immobile, e che può modificare la determinazione della competenza; intorno alla questione della proprietà Tizio e Caio, che la contendono l'uno all'altro, appariscono come legittimi contraddittori. Ma suppongasi pure che Tizio chieda il rilascio dell'immobile, non già affermandosene proprietario, ma per un altro titolo qualunque, e Caio si difenda opponendo il suo diritto di proprietà. Se la eccezione ch'egli fa valere deve ottenere vittoria, bisogna pure che Caio dia la prova del diritto vantato: e bisogna pure che il magistrato statuisca sul diritto di proprietà, che è quanto dire sul valore della cosa che ne è oggetto. Questa cognizione e questa statuizione sebbene dirette al solo fine di poter accogliere o respingere la domanda di chi non accampa un suo diritto di proprietà in contraddizione a quello del convenuto, non sono da considerare semplicemente incidentali nel senso che si è detto parlando della controversia sulla qualità ereditaria. Invero, da un lato merita riflessione la circostanza che la domanda dell'attore deve contenere la deduzione di una pretesa tale a cui sostegno egli abbia interesse di impugnare il diritto di proprietà del convenuto, senza di che siffatto tema di controversia non sarebbe fra loro neppure proponibile. Da un altro lato giova osservare che questo interesse dell'attore investe una cosa o un diritto singolare, determinato e identificato nella sua specie; laonde tutti gli effetti di una controversia sulla proprietà sono inclusi in questa discussione e nella relativa decisione. Mentre invece nel caso di controversia sulla qualità ereditaria, o sullo stato, o sulla capacità, che sono diritti di natura universale, gli effetti della discus-

Digitized by Google

sione e della decisione sono nettamente diversi nelle due distinte ipotesi esaminate di sopra. Nè varrebbe obbiettare che la decisione pronunziata sul diritto di proprietà in confronto di chi non si vanta proprietario sarebbe priva di autorità verso altri che poscia si vantasse invece tale; poichè anche la decisione pronunziata in confronto di costui sarebbe poi ugualmente priva di autorità verso chi in seguito sorgesse con nuovi titoli ad indicare sè come vero proprietario; e lo stesso vedemmo accadere anche per le così dette questioni pregiudiziali; avvegnachè, in genere, le sentenze pronunziate nei giudizi civili non possano mai conseguire forza di giudicato *adversus omnes*.

127. Dalle cose finora dette emerge un corollario che qui dobbiamo esporre. L'eccezione riconvenzionale, nei casi in cui può influire come modificatrice della competenza, ottiene tale effetto anche se il convenuto nel proporla non formuli istanza per una speciale dichiarazione di diritto in base ad essa, ma si restringa a chiedere il rigetto della domanda dell'attore. Per esempio: alla domanda di pagamento di una rata d'interessi il convenuto oppone *la simulazione* e quindi *la nullità* del contratto di mutuo. È indifferente che egli concluda *per la dichiarazione di questa nullità*, e quindi, *pel rigetto della domanda dell'attore*, oppure che concluda semplicemente pel rigetto. La sentenza che pronunzia su questa conclusione fondandosi sul motivo *che fu dimostrata la simulazione del mutuo*, non può non avere autorità di giudicato sopra l'accertamento della simulazione, quantunque nel *dispositivo* manchi un cenno o una pronunzia in proposito. Se così non fosse, perderebbe ogni senso la regola che la regiudicata si trae dall'intiera sentenza, cioè dai motivi posti in relazione col dispositivo. L'art. 72, nel capoverso ultimo, prevede e regola il caso in cui *l'obbligazione intera sia contestata;* ma è chiaro che essa è contestata dal momento in cui l'eccezione di simulazione viene opposta, nè si può dire più o meno contestata per la circostanza che della relativa dichiarazione si faccia o no argomento uno specifico capo di istanza. Si tenga presente che il legislatore (ultimo capov. dell'art. 72) volle, con ottimo pensiero, che le eccezioni riconvenzionali, come tali, abbiano a influire sulla determinazione della competenza, per impedire che un unico contrasto d'interessi dia luogo, fra i medesimi interessati, a pluralità di litigi, a decisioni frazionarie (per così dire), e quindi informate da veduta rispettivamente unilaterale della controversia, delle quali rimarrebbe sempre possibile la difformità e quindi tanto più dubitabile la giustizia. Si comprenderà quindi, che l'essere o no riepilogata l'eccezione riconvenzionale in un capo specifico di conclusione, quando in ogni modo essa costituisce l'anima

Digitized by Google

e la sostanza della decisione giudiziaria, non può attribuire a questa diversità di valore e di effetto.

128. La regola proclamata nell'ultimo capoverso dell'art. 72 riceve nel codice alcune logiche applicazioni di carattere particolare. Così essa aveva d'uopo di chiarimento, per il caso nel quale il valore della obbligazione, contestata per l'intero in seguito alla domanda *di una parte*, non si trovi immediatamente determinato dal titolo. Il che si verifica non di rado quando sono poste in controversia prestazioni periodiche di carattere temporaneo o perpetuo. Si chiede il pagamento di una di queste rate; il convenuto oppone la inesistenza od invalidità del titolo costitutivo. Eccoci in uno dei casi contemplati nell'ultimo capoverso dell'art. 72. Come si determina il valore del titolo posto in controversia? Vi provvede l'art. 76, il quale in prima linea si riporta alla somma capitale che sia stata espressa nel titolo; questa designazione che i contraenti hanno già concordi accettata è per certo la migliore. La si incontrerà sempre quando trattisi di capitali fruttiferi; ma non sempre in altri casi. La legge stabilisce pertanto che se il titolo non indica la somma capitale, il valore si determina:

a) cumulando *venti annualità*, se si tratta di rendita perpetua;

b) cumulando *dieci annualità*, se di rendita vitalizia oppure per tempo indeterminato, o determinato ma non minore di anni dieci, senza distinzione tra le rendite e pensioni costituite sulla vita di una o più persone;

c) cumulando *tutte le annualità*, quando la rendita è stabilita per tempo minore di anni dieci.

È da intendere che quand'anco la controversia su una di codeste prestazioni fosse promossa per via d'azione invece di presentarsi in forma di eccezione riconvenzionale, si seguirebbero gli identici criteri per determinare il valore della causa.

129. Le norme dell'articolo 76 si applicano ad ogni sorta di prestazioni periodiche, comprese quelle a titolo di alimenti. Però, a riguardo di queste ultime il primo capoverso dell'art. 71 introduce una parziale eccezione, rendendo competenti i pretori a conoscere delle azioni per prestazioni di alimenti o di pensioni alimentari periodiche e per la liberazione totale o parziale dalle obbligazioni relative, se la prestazione in controversia non ecceda il valore di annue lire *duecento*, mentre essi, giusta la norma segnata alla lett. *b* del numero precedente, dovrebbero restringersi a conoscerne nel limite di annue lire *centocinquanta*. È facile apprezzare il concetto umanitario che ispira siffatta eccezione, per virtù della quale i più bisognosi hanno modo di valersi di una procedura meno lunga e

Digitized by Google

dispendiosa. A schiarimento del testo ora citato vuolsi notare che quando la prestazione pur superando la somma di lire duecento annue debba, a tenore del titolo da cui dipende, durare per un periodo tale in cui il cumulo delle annualità non ecceda millecinquecento lire, sarà ancora di competenza del pretore, in forza della regola segnata alla lettera *c* del precedente numero, non meno che per il principio generale che il valore della causa si determina dalla domanda. È decisiva in questo proposito la considerazione che nel deferire ai pretori, col citato capoverso, le controversie in materia di alimenti, la legge si esprime: « sono *altresì* di competenza, ecc. ». Il vocabolo *altresì* attesta che *oltre* alle liti di valore non superiore a millecinquecento lire il codice ha voluto estendere la competenza dei pretori ad oggetto che normalmente la eccederebbe. E fra le liti di valore non superiore a millecinquecento lire stanno quelle ora accennate.

130. Sia per virtù delle eccezioni del convenuto, sia spontaneamente, l'attore può decidersi a *restringere* in corso di causa, e fino che l'istruttoria è aperta, l'originaria domanda. Similmente egli può *ampliarla*. Non sono discutibili queste facoltà nell'odierno sistema di procedura; il risultato che dal loro esercizio consegue rispetto al valore della lite non è identico nei due casi. La *restrizione* della domanda non fa cessare la competenza del giudice adìto, poichè il giudizio in sostanza si svolge sulla intera pretesa originaria, di cui una parte viene ad essere eliminata dalla rinunzia dell'attore che riceverà sanzione dalla sentenza del magistrato, per lo meno in modo implicito, anche quando il convenuto l'abbia accettata. L'*allargamento* invece, se è tale che esorbiti dai confini della giurisdizione del giudice, lo rende incompetente, poichè la decisione dovrà essere data sulla domanda accresciuta, non sulla originaria. Siamo sempre all'applicazione dei principii dianzi enunciati.

131. Come si vede, la competenza determinata dal valore della *domanda iniziale* dell'attore non è in ogni caso immutabile per tutto il giudizio; e può bene verificarsi che una lite cominciata davanti ad un giudice, per sopravvenuta incompetenza di questo abbia ad essere rimessa ad un altro; indi un inevitabile ritardo alla decisione e un sicuro accrescimento di spese. È grave problema se questo inconveniente possa ottenere rimedio acconcio, in un sistema che riparte la competenza di primo grado fra più ordini di magistrati, per ragione di valore. E non è il solo argomento che consiglierebbe di evitare, od almeno di semplificare il più che sia possibile, simile ripartizione.

Digitized by Google

CAPO IV.

Competenza per materia.

132. Alla nozione già data di questa specie di competenza (n. 81) deve ora seguire la esposizione del riparto che ne fa la legge fra i vari magistrati. Come abbiamo avvertito, non ci occuperemo qui delle applicazioni che riceve nel diritto positivo italiano il maggiore dei criteri fondamentali di questa competenza, cioè la divisione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali (v. n. 81). Esponiamo soltanto i criteri secondo i quali sono attribuite ai differenti magistrati le materie comprese nella giurisdizione ordinaria, analizzando le relative applicazioni. Avvertasi che qui parliamo della competenza per conoscere e giudicare sovra le azioni, non già di quella relativa a provvedimenti singolari ed isolati.

133. *Probi viri.* — La legge 15 giugno 1893, n. 295, istituì in Italia i collegi dei *probi viri*, conferendo ad essi un uffizio di *conciliazione*, e alla *giurìa* nei medesimi costituita una funzione *giurisdizionale* (articoli 8 a 11), in materia di diritto industriale, e precisamente sopra controversie che per l'esercizio delle industrie sorgano *fra gli intraprenditori e gli operai o apprendisti, o anche fra operai, in dipendenza dei rapporti di operaio o di apprendista* (art. 1). L'istituzione di siffatte magistrature, speciali per singole industrie o gruppi di industrie affini, ha luogo per decreto reale, su proposta dei ministri di grazia e giustizia e di agricoltura, industria e commercio, sentito l'avviso della locale camera di commercio, delle società operaie legalmente riconosciute, dei consigli municipali dei comuni che dovranno essere compresi nella circoscrizione del collegio (art. 2).

I membri del collegio sono eletti da due corpi di elettori iscritti in apposite liste separate, l'uno costituito dagli industriali, l'altro dagli operai. Ciascun corpo elegge un numero uguale di probi viri. Apposite norme disciplinano i requisiti dell'elettorato e della eleggibilità, rispettivamente per i membri dei due corpi. Il numero dei probi viri non può essere minore di dieci nè superiore a venti per ciascun collegio. Vi è un presidente, e occorrendo un di lui supplente, i quali sono nominati per decreto reale, fuori dai due corpi elettorali e fra i funzionari dell'ordine giudiziario o gli eleggibili a conciliatori (art. 3). Inoltre vi sono due vice presidenti, eletti uno dai probi viri operai l'altro dagli industriali, nella loro prima adunanza, a scrutinio segreto (art. 23). Questi vice presidenti, per turno, presiedono l'uffizio di conciliazione. In ciascun collegio si organizzano un ufficio di conciliazione e una giuria. Il primo si compone almeno di due membri uno

Digitized by Google

operaio e uno industriale, e di un vice presidente. La seconda si compone del presidente effettivo o del supplente, e di quattro membri, due per classe (art. 4). Le funzioni di cancelliere sono esercitate da un segretario od altro impiegato municipale (*ivi*). Nelle controversie più gravi può il presidente dell'uffizio di conciliazione o della giuria aggregare al consesso altri probi viri, mantenendo parità di numero tra industriali ed operai (art. 6).

L'uffizio di conciliazione può essere adìto per componimento amichevole di qualunque controversia che concerna (art. 8):

a) i salari pattuiti o da pattuirsi;

b) il prezzo del lavoro eseguito od in corso di esecuzione, e il salario per le giornate di lavoro prestate;

c) le ore di lavoro convenute o da convenirsi;

d) l'osservanza dei patti speciali di lavorazione;

e) le imperfezioni del lavoro:

f) i compensi per i cambiamenti nella qualità della materia prima o nei modi della lavorazione;

g) i guasti recati dall'operaio ad oggetti della fabbrica, o i danni da questo sofferti nella persona per fatto dell'industriale;

h) le indennità per l'abbandono della fabbrica, o per licenziamento prima che sia compiuto il lavoro, o trascorso il termine pattuito;

i) lo scioglimento del contratto di lavoro e di tirocinio; e in generale tutte le controversie che riguardano convenzioni relative al contratto di lavoro o di tirocinio, fra industriali e capi operai o lavoranti, fra capi operai e operai o apprendisti, o che dipendano da trasgressioni disciplinari.

Nelle controversie che appartengono alle indicate categorie e che debbono essere sottoposte a giudizio sia dinanzi ai probi viri che agli altri magistrati, è obbligatorio comprovare l'esperimento della non riescita conciliazione, al quale effetto viene compilato un apposito processo verbale (art. 10).

La giuria dei probi viri è competente a decidere le controversie non eccedenti il valore di lire *duecento*, le quali concernono (art. 9):

a) i salari pattuiti;

b) le ore di lavoro convenute e tutti gli oggetti indicati per la competenza dell'uffizio di conciliazione sotto le lettere *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *i*.

Le sentenze della giuria sono inappellabili, salvo che vengano impugnate pei titoli d'incompetenza od eccesso di potere; nei quali casi, l'appello, fino al valore di cento lire spetta alla cognizione del pretore, e per valore maggiore al tribunale del rispettivo mandamento o circondario (art. 11).

Digitized by Google

Possono anche le parti d'accordo sottoporre alla giuria controversie delle specie indicate, ma di valore superiore a lire duecento; in questo caso essa funziona come collegio arbitrale (art. 12).

Quantunque l'istituzione di questo magistrato industriale sia stata annunziata come apportatrice di serii vantaggi alle classi operaie, e molto utile per la disciplina dei rapporti fra il capitale e la mano d'opera, tuttavia, almeno per ora, l'esperienza non giustifica le speranze che erano state concepite. Non è questo il luogo per esaminare le cause di tale risultato e per discutere sulle probabilità di una sua futura azione più o meno feconda. Ci basti notare che anche in altri stati, dove ne fu fatta la prova sopra una scala più larga e in condizioni di vita industriale molto più operosa che in Italia, essa fin qui ha scarsamente corrisposto.

134. *Conciliatori.* — L'art. 70 del codice dichiarava competere a questi giudici, nella misura di *trenta lire* di valore, tutte le azioni *personali*, civili o commerciali, relative *a beni mobili*. La legge 16 giugno 1892, n. 261, introdusse importanti modificazioni. A mente dell'articolo 10 sono di competenza dei conciliatori:

1° tutte le azioni *personali*, civili e commerciali, relative *a beni mobili*, il valore delle quali non ecceda *lire cento;* però, nei luoghi dove funzionano i collegi dei probi viri, e per le industrie sulle quali essi esercitano giurisdizione, questa prima regola generale subisce una restrizione, rispetto a quelle azioni che sono di competenza della giuria, come fu detto nel numero precedente;

2° le azioni relative alle locazioni di beni immobili nel limite di lire cento, e quella di sfratto se la pigione od il fitto per *la rimanente durata della locazione* non ecceda il detto valore. Intorno a questa disposizione è da soggiungere che l'art. 70 del codice già ammetteva la competenza dei conciliatori per le azioni relative alla locazione di beni immobili, se la pigione o il fitto *per tutta la durata* della locazione non eccedesse il valore di *trenta lire*. Vedasi al n. 138 la osservazione circa il modo di stabilire il valore dell'azione di sfratto. È ancora da soggiungere che nuove norme intorno allo sfratto per locazione finita furono date dalla legge del 24 dicembre 1896; di questa pure parleremo più innanzi, al n. 138 *bis;*

3° le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, alle piante od ai frutti, purchè non implichino questioni di proprietà o di possesso, e la domanda di rifacimento non ecceda le lire cento. È evidente, che malgrado la restrizione apposta con la clausola che esclude le questioni di proprietà o di possesso, qui non si tratta di azione relativa a *beni mobili*, ma bensì *ad immobili;* però la domanda, quantunque in ultima analisi diretta a tutelare

Digitized by Google

e reintegrare un diritto relativo a tali beni, ha occasione immediata da un fatto delittuoso o quasi delittuoso, e quindi è *personale*.

Rimangono dunque escluse dalla competenza dei conciliatori tutte le azioni *strettamente personali*, quelle cioè che hanno per oggetto un diritto inerente *alla persona* e non avente rapporto con una cosa; inoltre, tutte le azioni *reali sui beni mobili ed immobili;* infine tutte le azioni personali *ad rem* concernenti beni *immobili*, salve le eccezioni stabilite per le azioni che nascono dal contratto di *locazione* e per quelle relative a *guasti e danni dati*. Vi sono altre esclusioni, per le azioni di cui è cenno al n. 139.

135. *Pretori.* — I pretori, secondo il disposto dell'articolo 71, salva la competenza dei probi viri, dove siano istituiti, e dei conciliatori, conoscono *di tutte le azioni civili e commerciali*, fino al valore di lire millecinquecento. La generalità della indicazione dà a credere che tutte le azioni, reali o personali, mobiliari od immobiliari, possano appartenere alla giurisdizione pretoria. Ma non è così. Le domande di spropriazione forzata sopra beni immobili, promosse nelle vie ordinarie, sono sempre di competenza del tribunale, qualunque sia il valore del credito e quello dell'immobile; parimenti al tribunale appartiene di regola il giudizio sulle controversie che nascono in sede d'esecuzione immobiliare sia che riguardino il titolo esecutivo o le forme della procedura (art. 570 e 660 cod. proc.). Non sappiamo certo approvare questa deroga alla competenza normale dei pretori, che ha per effetto di rendere più costose e difficili le esecuzioni sugli immobili, senza alcun compenso da altra parte. Il legislatore stesso ha attestato di riconoscere gli inconvenienti di simile sistema, giacchè nella legge 20 aprile 1871 per l'esazione delle imposte dirette non dubitò fosse meglio deferire *esclusivamente ai pretori* la competenza sui giudizi di spropriazione di immobili per debiti di imposte.

136. Per contro vi hanno azioni le quali, anche superando il valore di lire millecinquecento, sono sempre di competenza dei pretori, o lo sono a condizioni determinate. Veggonsi queste menzionate specificamente nell'articolo 82; alle quali è da aggiungere l'ordinario procedimento di esecuzione forzata sovra beni mobili. Di quest'ultimo però non dobbiamo attualmente parlare. L'articolo 82 dispone che appartengono alla competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, *purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine:*

1° le azioni possessorie;

2° quelle di danno temuto e denuncia di nuova opera in conformità degli articoli 698 e 699 del codice civile;

3° le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, piante e ai frutti; qui però conviene rammentare che

Digitized by Google

fino al valore di cento lire, e quando non implichino questioni di proprietà o di possesso, tali azioni, per la legge del 1892, sono comprese nella competenza dei conciliatori;

4° le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti, o dagli usi locali, riguardo al piantamento di alberi o di siepi;

5° le azioni di sfratto per locazione finita, salvo che siano di competenza dei conciliatori.

Delle azioni possessorie e di quelle di danno temuto e denuncia di nuova opera, rimandiamo la disamina allo studio speciale del procedimento innanzi i pretori che faremo nel libro secondo. Notiamo però fin da questo momento che vi ha una differenza rimarchevole tra le azioni possessorie e quella di denuncia di nuova opera da una parte, ed il gruppo rimanente delle azioni mentovate nell'art. 82 dall'altra parte. Le prime non si possono sperimentare che *dentro l'anno dal fatto* che loro dà origine (articoli 694, 695 e 698 cod. civile); le seconde possono esserlo anche al di là dell'anno; per le prime, spirato l'anno si verifica *decadenza* ossia prescrizione dell'azione, per le altre è semplice questione di mutamento di competenza. Ciò posto, riesce facile risolvere la disputa se il pretore debba dichiarare d'*uffizio* la sua incompetenza, quando taluna delle azioni dell'articolo 82 siagli proposta al di là del termine dell'anno. Risponderemo: che *deve* dichiarare l'incompetenza se si tratta di quelle azioni che dopo l'anno non si estinguono; che *non deve* dichiararla per le azioni possessorie e la nunciazione di nuova opera. La dichiarazione d'*incompetenza* suppone che vi sia *altra autorità competente* a risolvere la controversia; per le azioni ultimamente indicate essa sarebbe erronea, poichè facendosi luogo *a decadenza* non vi è autorità alcuna che possa conoscerne ulteriormente. Ma la decadenza da un'azione, ossia la prescrizione, giusta il precetto dell'art. 2109 del codice civile, *non può* essere dichiarata dal giudice d'*uffizio*, nè vi ha nell'articolo 82 od altrove alcun cenno di deroga a questo principio generale. Laonde un'azione possessoria o di nunciazione *novi operis*, potrà essere respinta dal pretore per intempestività, non mai per incompetenza, e solo a condizione che la parte interessata abbia proposta la relativa eccezione.

La ragione generale della competenza stabilita nell'articolo 82 sta nella necessità di solleciti provvedimenti e spesso di immediati accertamenti sopra luogo che la natura delle controversie indicate richiede. Ma è naturale che la protezione del legislatore secondi la diligenza delle parti; ecco perchè passato un tempo abbastanza lungo dal fatto che dà origine all'azione, se la parte non fu sollecita a promuoverla,

Digitized by Google

il legislatore le ritira lo speciale favore e la rimette alla competenza ordinaria.

Il termine dell'anno non è però stabilito per l'esercizio delle azioni di sfratto o di guasti e danni che entrano nella competenza del conciliatore. Invero tale competenza è ammessa soltanto per quelle domande il valore delle quali non la eccede. È quindi indifferente che siano proposte con maggiore o minore diligenza.

137. Le azioni per guasti e danni, come nota la relazione Pisanelli, possono talvolta essere connesse alle possessorie, ove il fatto medesimo che dà origine a quelle costituisca per sè una turbativa. Le due azioni però non sono in veruna ipotesi da confondere, stante la diversità degli scopi rispettivi. I guasti o danni possono dipendere anche da un fatto che materialmente non siasi operato sull'immobile, ma che per i suoi effetti anche in modo indiretto lo danneggi, diminuendone il valore, l'utilità, i comodi, ecc.

Le azioni che tendono ad ottenere l'osservanza delle distanze riguardo al piantamento di alberi o di siepi, non comprendono quelle per apposizione di termini, sia pure nei casi in cui la proprietà trovisi incontrastata. Il linguaggio della legge non permette di dubitarne. Codeste azioni erano invece sottoposte da altri codici alla competenza eccezionale del pretore (cod. sardo 1854, art. 6, n. 6; cod. 1859, art. 6).

138. Le azioni di sfratto per finita locazione non rappresentano più una controversia sul contratto di locazione che ha già avuto termine, ma quasi la domanda di un provvedimento possessorio urgente che restituisca alla disponibilità del proprietario la cosa di cui è privato pel mal talento del conduttore. Intendasi bene però che non sono vere azioni possessorie. La competenza su queste azioni è divisa fra i pretori e i conciliatori, come abbiamo già detto. Condizione tassativa per l'esercizio delle azioni stesse dinanzi ai pretori è che la locazione sia finita. Perciò è in primo luogo da porre fuori di dubbio che se il convenuto nel difendersi eccepisce *non essere finita la locazione*, egli deduce una *eccezione riconvenzionale* atta a sottrarre la causa al giudizio del pretore, qualora la controversia si porti su un valore eccedente la di lui competenza. È superfluo avvertire che il computo del valore si fa alla stregua dell'art. 77. In secondo luogo è da notare che se avanti il termine della locazione il proprietario si avvisasse di iniziare contro il conduttore la domanda giudiziale per farlo condannare al rilascio del fondo tosto compiuto il periodo del contratto (1), non si farebbe luogo alla competenza eccezionale del

(1) Ricordiamo in questo proposito l'osservazione esposta al n. 38.

Digitized by Google

pretore, ma si dovrebbe seguire quella ordinaria determinata dal valore della domanda, dal cumulo cioè delle pigioni o dei fitti che rimangono ancora da maturare prima della fine della locazione.

La competenza eccezionale del pretore vale anche per le azioni di sfratto per finita colonìa o mezzadria, a mente di quanto dispone l'articolo 1647 del codice civile.

Quanto all'esercizio delle azioni di sfratto che la legge del 1892 attribuì alla competenza dei conciliatori, è notevole che essa non pone, ma anzi sembra escludere la condizione *che la locazione sia finita*, condizione che si legge nel n. 5 dell'art. 82. E mentre l'art. 70 del codice dava potestà ai conciliatori di pronunziare su tali domande quando la pigione e il fitto *per tutta la durata della locazione* non avesse ecceduto il valore di trenta lire, l'art. 10 della nuova legge al comma 2° pone la condizione che la pigione od il fitto *per la rimanente durata della locazione* non ecceda il valore di cento lire. Nasce quindi una difficoltà: in quanto che un'azione *di sfratto*, nel senso del codice di procedura, non può essere certamente esercitata allorchè la locazione debba avere *una rimanente durata*. L'istanza per rescissione di un contratto locatizio prima della scadenza non può essere denominata azione *di sfratto*, nè il suo valore potrebbe essere dedotto dal considerare *la rimanente durata della locazione* soltanto, bensì aggiungendo ancora i fitti o pigioni non pagati e già scaduti, che costituiscono il titolo della istanza medesima; e ciò giusta la regola generale dell'art. 77 del codice (v. n. 111). La difficoltà ermeneutica non è lieve; forse si può superarla (sebbene il difetto di redazione del testo non sia scusabile), ricorrendo al disposto dell'articolo 11 della medesima legge, nel capoverso del quale trovasi stabilito: « Quando « il valore della causa non è determinato dalla domanda, l'attore ha « sempre diritto di dichiarare, al fine di conservare la competenza del « conciliatore, che in ogni caso s'intenderà circoscritta la sua domanda « infra i limiti delle lire cento ». Così, l'attore, finita la locazione, se crederà di poter circoscrivere nel valore accennato la domanda diretta ad ottenere la restituzione del suo immobile, potrà proporla al conciliatore. E la determinazione del valore potrà riferirsi alla indennità che egli pretenda per la indebita detenzione da parte del conduttore oltre il termine contrattuale. Altrimenti interpretando il secondo comma dell'art. 10 si verrebbe ad un assurdo: per domandare lo sfratto di un inquilino da una casa per la quale si pagano, supponiamo, cento lire il mese, e che fu affittata per un anno, si dovrebbe adire il conciliatore, se la domanda di sfratto (o meglio di rescissione) fosse proposta all'ultimo mese; per contro, se fosse proposta, dopo scaduto l'intero termine contrattuale dovrebbe sempre essere adìto

Digitized by Google

il pretore, quand'anche *tutta la durata del contratto* fosse stata limitata ad *un solo mese*.

È superfluo dire che, qualunque sia la interpretazione data al testo in esame, la competenza del conciliatore verrebbe a cessare dinanzi ad una eccezione riconvenzionale del convenuto il quale pretendesse avere diritto alla continuazione del contratto per un periodo ulteriore al quale corrisponda una pigione od un fitto eccedente la somma di cento lire.

138 *bis*. Invece di esercitare l'azione di sfratto per finita locazione nelle forme ordinarie, può il locatore valersi della procedura speciale istituita con la recente legge 24 dicembre 1896 la quale ha innovato in parte anche le norme della competenza.

Questa procedura, encomiabile per la speditezza e semplicità sua, consta di due fasi. La prima consiste nella intimazione per mezzo d'usciere di un atto di disdetta o licenza per finita locazione, mezzadria, colonìa, o masseria; essa deve essere eseguita prima che scada il periodo contrattuale, in quel termine che, secondo i casi è stabilito dalla legge, dalla consuetudine locale o dal contratto; deve essere accompagnata, nel medesimo atto, da una citazione a comparire per la convalidazione della licenza. Se si tratta di pigione o di fitto non eccedente lire trecento per tutta la durata del contratto, la citazione è fatta dinanzi al conciliatore; in ogni altro caso, e quindi sempre per i contratti di mezzadria, masseria, o colonìa, dinanzi al pretore. Qualora il citato non comparisca, o comparendo non si opponga alla domanda, il giudice accorda forza esecutiva alla licenza, che servirà così per l'esecuzione dello sfratto a termine compiuto. Se il citato si oppone, il giudice pronunzia nei casi di sua ordinaria competenza, e rinvia le parti alla sede competente negli altri. Qui rinasce, rispetto al modo di determinare la competenza del conciliatore la difficoltà segnalata nel numero precedente. La competenza del pretore, qualunque sia il valore del contratto, starà invece, a mente dell'art. 82 n. 5 del codice, ogni volta che l'opposizione non si fondi sulla pretesa che il contratto debba durare per un periodo ulteriore la valutazione del quale dia una somma superiore alle millecinquecento lire.

139. L'ultimo capoverso dell'art. 70 e l'ultimo dell'art. 71 e così pure quello dell'art. 15 della legge del 1892 sui conciliatori, sottraggono alla competenza dei conciliatori e dei pretori le controversie sulle imposte dirette. Risulta poi dagli artcoli 431 e 455 che è parimenti esclusa la competenza loro relativamente alla querela di falso civile, sia pure proposta in via incidentale in giudizi di loro competenza.

Digitized by Google

Tanto l'una che l'altra delle cennate materie sono deferite alla esclusiva cognizione dei tribunali come diciamo qui appresso.

140. *Tribunali civili.* — Il sistema del nostro codice molto opportunamente tronca le controversie dibattute sotto altre legislazioni sulla natura della giurisdizione dei tribunali. Fu insegnato che codesta giurisdizione è la sola universale, che quelle dei giudici singoli sono meramente eccezionali; che perciò le parti possono sempre convenire di sottoporre una loro controversia al tribunale anche se di competenza di codesti giudizi; che, infine, non potrebbe in tali casi essere l'incompetenza dichiarata d'uffizio dal tribunale, e nemmeno opposta dal convenuto se non avanti di ogni altra istanza o difesa. Ma congiungendo le espressioni nettamente limitative dell'articolo 84 coi precetti degli articoli 69 e 187, non possiamo nutrire dubbi sulla inammissibilità fra noi di siffatte dottrine, quantunque abbiano avuta una certa eco in qualche decisione delle nostre corti giudiziarie. La giurisdizione dei tribunali *come tali* è una *frazione* della giurisdizione generale dell'autorità giudiziaria, e i confini assegnati ad essa dalla legge non possono essere varcati per verun pretesto. È certo che il sistema del nostro codice, dato il fondamento su cui poggia, ossia la distribuzione della competenza di prima istanza fra più categorie di magistrati, risponde nel miglior modo alla sicurezza ed alla parità di trattamento di tutti i litiganti.

141. Accennammo (n. 82) alla recente abolizione dei tribunali di commercio. Essa fu eseguita mediante la legge del 25 gennaio 1888, il cui primo articolo stabilì: « I tribunali di commercio sono aboliti. Gli affari di loro competenza sono devoluti ai tribunali civili e correzionali, con le norme prescritte nelle materie commerciali ». Nella precedente edizione (*Appendice*, n. 1091 e segg.) occupandoci di questa riforma legislativa, esponemmo l'opinione che per effetto di essa la giurisdizione commerciale fosse stata soppressa in Italia. E ciò per la considerazione (che non è altro se non una applicazione dei principii generali già stabiliti: v. n. 81), che di fronte alla sostanziale unità della funzione giurisdizionale dello stato, e dello scopo di essa, i frazionamenti del suo esercizio non possano essere concepiti se non in quanto si ricolleghino alla costituzione di organi particolari che di una singola porzione della medesima siano investiti in modo esclusivo: laonde dove non esiste organo particolare di giurisdizione ivi non è *giurisdizione speciale.*

142. I magistrati speciali per le materie commerciali, già fu detto (n. 82), sorsero nei tempi in cui alla formazione del diritto obbiettivo sopra queste materie era necessaria l'opera di siffatta particolare giurisdizione. Fiorirono fino a che tale opera continuò ad essere

Digitized by Google

attiva e feconda; languirono quando essa, avendo raggiunto il massimo suo risultato, quello cioè di rendere possibile la codificazione del diritto mercantile, perdette le ragioni ulteriori di attività e di fecondità. Del loro languire fu conseguenza la riduzione dei poderosi e complessi organismi dell'antica giurisdizione commerciale a quello stato ibrido e incompleto in cui li tollerò il codice di procedura d'accordo con la legge d'ordinamento giudiziario del 1865. Non esistevano più in Italia che pochi tribunali di commercio veri e propri, composti con magistrati scelti nel ceto mercantile e spesso completati con giudici di toga; per la competenza inferiore dei pretori e per quella superiore delle corti d'appello, il giudice ordinario era investito di giurisdizione anche sulle controversie di natura commerciale; nella sfera stessa della competenza dei tribunali, erano i tribunali civili che, nella maggior parte del territorio dello stato, *facevano le veci* di tribunali di commercio (art. 42 e 54 della legge sull'ordinam. giudiziario; art. 84, 85 cod. di proc. civ.). Per quanto monca e amorfa, questa organizzazione bastava a rappresentare la esistenza di una *giurisdizione speciale* sulle materie commerciali, sia per la istituzione di tribunali effettivi di commercio, sia per la attribuzione data ai tribunali civili di *farne le veci*, cioè di rappresentarli, dove essi mancavano. La legge 25 gennaio 1888 portò l'ultimo colpo a tali ruderi dell'antica e non più utile giurisdizione. L'abolizione dei tribunali di commercio fornì la prova manifesta e sicura della volontà del legislatore di eliminarla completamente, ampliando la *ordinaria giurisdizione* dei tribunali civili di quel tanto che prima ad essa era sottratto dalla giurisdizione speciale mercantile.

Che questo fosse il concetto animatore della legge abolitrice, oltre che dall'analisi delle sue necessarie conseguenze si desume anche dalla testimonianza apertissima che ne porgono le dichiarazioni fatte dal governo presentando al parlamento lo schema relativo. Nella relazione del guardasigilli al senato, dopo che la camera dei deputati già aveva approvato il progetto di legge, fu scritto: « Non occorrono « molte considerazioni per raccomandare alla sapienza del senato « siffatta proposta. L'origine e la funzione storica di queste *speciali* « *giurisdizioni*, le trasformazioni e limitazioni cui naturalmente « secondo i nuovi bisogni andarono soggiacendo, lo stesso anomalo « ed ibrido ordinamento cui oggi sono ridotte, le moderne esigenze « dello sviluppo giuridico e dell'amministrazione giudiziaria, ecco le « ragioni evidenti *che ne rendono ormai necessaria la scomparsa* ». E in altro luogo della medesima relazione: « Questa *speciale giu-* « *risdizione* su le controversie nascenti dai rapporti commerciali, non « può avere che una spiegazione puramente storica nella necessità

Digitized by Google

« transitoria, in altri tempi avvertita, di sottrarre quelle contesta-
« zioni all'applicazione di norme non rispondenti ai novelli bisogni
« dei traffici e al rigoglioso sviluppo della vita commerciale, quando,
« col diritto romano che aveva ripigliato il posto di diritto comune, si
« presumeva poter regolare i nuovi rapporti e le nuove forme del-
« l'attività economica, che richiedevano invece norme omogenee,
« ispirate a ben altri concetti ».

143. Non pare adunque discutibile l'effetto sostanziale della legge del 1888 essere stato l'abolizione definitiva della *giurisdizione commerciale*. Il corollario che devesi dedurne circa i rapporti che essa aveva con le discipline processuali, ossia la modificazione derivatane a queste discipline, fu pertanto la cessazione di ogni effetto delle regole sulla *competenza commerciale* scritte nel codice di procedura ed in quello di commercio; poichè le regole di competenza non sono altro che le determinazioni misuratrici dei confini di una giurisdizione speciale. Tali regole, diciamo, non hanno più motivo per sussistere, una volta che è scomparso l'oggetto pel quale erano state stabilite. Ove si volessero mantenute, apparirebbero come un referente senza relato, costituirebbero un controsenso, non solo per la loro repugnanza alla logica dell'astratto ragionamento quanto e ancora più per la incompatibilità con qualsiasi pratica applicazione.

144. A noi tutte queste considerazioni apparvero chiarissime fino dal tempo della promulgazione della legge; ed esse ottennero ben presto dalla più autorevole giurisprudenza completa adesione (1). Ma, com'è inevitabile sorte delle idee nuove, non piacquero a tutti. E vi si opposero alcuni maggiori e minori scrittori, facendosi forti di due argomenti:

1° Fu rammentato avere il relatore della legge al senato espressa l'opinione che non sarebbe derivata dalla abolizione dei tribunali di commercio quella della giurisdizione commerciale, giacchè gli affari di commercio avrebbero continuato a trovare guarentigie giu-

(1) Vedansi le sentenze seguenti: app. Bologna, 6 settembre 1889 (*Giur. It.*, 1890, II, 81); cass. Roma, a sez. unite, 16 ottobre 1894 (*ivi*, 1894, I, 1, 1037); cass. Firenze, 4 marzo 1895 (*ivi*, 1895, I, 1, 164); cass. Torino, 24 gennaio 1895 (*ivi*, 1895, I, 1, 167); stessa corte, 7 agosto 1895 (*ivi*, 1896, I, 1, 57); cass. Palermo, 4 dic. 1894 (*ivi*, 1895, I, 1, 172); stessa corte, 29 febbr. 1896 (*ivi*, 1896, I, 1, 342); cass. Napoli, 28 novembre 1894 (*ivi*, 1895, I, 1, 173). Sebbene la cassazione di Torino non sia per ora costante nei suoi pronunziati, e abbia spesso abbandonata la massima qui esposta, nelle controversie relative al termine per appellare, e la cassazione di Napoli non sempre adopri un linguaggio rigorosamente corretto, tuttavia si può ormai considerare come un *jus receptum* per virtù delle conferme giudiziarie, che ha ottenute con imponente prevalenza, la teorica da noi sostenuta.

Digitized by Google

risdizionali innanzi ai tribunali civili. Ma l'equivoco avrebbe dovuto apparire evidente: di certo, la legge del 1888 non ebbe in mira di sopprimere la tutela giurisdizionale sugli affari del commercio e sui diritti da essi nascenti; ma soltanto volle comprendere questa tutela, in modo completo e definitivo, fra gli attributi della *giurisdizione ordinaria*, facendo cessare del tutto la *giurisdizione speciale preesistente*, col togliere di mezzo l'unico organo che la rappresentava. Ed è strano, per lo meno, che gli scrittori i quali con tanta fiducia invocarono il fuggevole e inconcludente accenno della relazione senatoria dimenticassero del tutto di prendere in esame le chiare e categoriche dichiarazioni della relazione governativa, interprete, come già dicemmo, anche del pensiero della camera dei deputati; pensiero che non si può dubitare sia stato condiviso dal senato, il quale approvò integralmente il progetto sottopostogli e non diè prova, nè con le discussioni nè con emendamento alcuno, di dar peso alla erronea opinione personale del proprio relatore.

2° Fu inoltre osservato che la giurisdizione commerciale vige ancora, distinta dalla civile, presso i tribunali civili, in condizioni identiche a quelle in cui si trovava presso i medesimi in vigore, prima dell'abolizione dei tribunali di commercio, nei luoghi dove ne facevano le veci, per la ragione che le liti commerciali continuano ad essere trattate con riti parzialmente diversi da quelli delle civili, giusta la espressa riserva scritta al proposito nell'articolo 1 della legge del 1888.

Basterebbe la semplice enunciazione per mettere in guardia contro un simile assunto. Se prima dell'abolizione dei tribunali di commercio, quelli civili ne facevano *le veci* per conoscere delle cause commerciali, nei luoghi dove essi mancavano, ciò poteva accadere perchè in altri luoghi i veri e propri tribunali di commercio esistevano. Ma che si possa *far le veci* di un individuo che non è più in istato di agire, di una istituzione morta, di un uffizio scomparso ed abolito, è ciò che non riesce nemmeno concepibile. Del resto, la tesi in esame è insostenibile per ben altro motivo. Essa confonde la sfera propria delle norme del rito con quella delle norme di frazionamento della giurisdizione, le quali invece sono bene e nettamente distinte. Le seconde appartengono al dominio del diritto pubblico, perchè l'organamento di una amministrazione giudiziaria idonea ad affidare completamente la coscienza pubblica, è un alto interesse sociale. Le prime invece appartengono all'ordine giuridico privato, servendo a guarentire ai singoli litiganti i mezzi più acconci per la difesa delle rispettive ragioni; laonde è canone inconcusso di dottrina che possa la volontà delle parti derogare dalla rigorosa osservanza delle

Digitized by Google

norme di procedura, salvo le eccezioni tassativamente determinate dalla legge. Se la destinazione propria di un rito alla trattazione di certe controversie bastasse per costituire su di esse una speciale giurisdizione, il rito medesimo non potrebbe mai essere violato senza che le norme giurisdizionali lo fossero insieme. E pertanto, due contendenti che fossero d'accordo per iniziare a procedimento formale una causa commerciale, mentre la legge dispone (art. 876 cod. di comm.) che debbasi osservare all'uopo il procedimento sommario, opererebbero una proroga di giurisdizione, vietata dall'art. 69 del codice di procedura. Il che è contrario ad ogni principio finora accolto. Notisi poi che in questa maniera si attribuirebbe al concetto di *giurisdizione* un significato del tutto nuovo ed insolito; e ciò non soddisferebbe nemmeno il proposito di chi sostiene che malgrado la legge del 1888 continui *ad esistere la giurisdizione commerciale;* giacchè costoro dovrebbero dimostrare che essa esiste ancora nel senso e con gli effetti in cui si concepiva e funzionava prima di quella legge. A torto, pertanto, il più ragguardevole dei difensori di tale opinione (1) pretende che si debba distinguere fra *giurisdizione commerciale* e *competenza commerciale*, sostenendo che la prima è sempre in vita, mentre la seconda è scomparsa; poichè a dir vvro dove non c'è possibilità di assegnare una competenza, per difetto di un organo investito di speciale giurisdizione, ivi nemmeno è possibile che si riconosca la esistenza della giurisdizione stessa.

145. Posta la dovuta attenzione ai ragionamenti che precedono, se ne trae la prima importantissima conseguenza che la distinzione fra *materie civili* e *materie commerciali* non è più criterio determinatore di competenza; e che, come rimase abrogato, per assoluta incompatibilità con la legge del 1888 (art. 5 delle *disposizioni preliminari del codice civile*) l'art. 869 del codice di commercio, così pure cessò di avere ragione la distinzione fra le competenze dei tribunali civili e di commercio stabilita negli articoli 84 e 85 del codice di procedura civile. I tribunali civili conoscono attualmente delle controversie commerciali per competenza propria ed esclusiva, non già in quanto facciano le veci di tribunali di commercio. Il codice commerciale, considerato come legge ordinaria, regolatrice di una fra le grandi ramificazioni del diritto privato, viene applicato ed interpretato da essi per virtù di quella medesima giurisdizione ed autorità

(1) L. MATTIROLO, *Trattato*, edizione quarta, vol. I, n. 892. Si avverta che ai nostri argomenti nessuna confutazione vera e propria fu per ora opposta, tutto il sistema dei contraddittori riassumendosi nelle affermazioni qui sopra esposte e criticate.

Digitized by Google

per cui applicano ed interpretano il codice civile. Del pari abolito è il disposto dell'art. 874 del codice di commercio, non avendo ormai ragion d'essere nè l'una nè l'altra delle due regole ivi scritte. Non la prima, che dichiara la proponibilità in qualunque stato e grado di causa della eccezione d'incompetenza del giudice civile sulle materie commerciali e viceversa, non essendovi più luogo a tale eccezione. Non la seconda, che considera e governa l'ipotesi di errore od omissione nel designare la qualità in cui pronunzia l'autorità giudiziaria investita delle due giurisdizioni, civile e commerciale, poichè manca ormai il fondamento razionale per distinguere fra due giurisdizioni che furono unificate nell'organo a cui ne è attribuito l'esercizio.

146. Nell'art. 870 del codice di commercio sta scritto, che le azioni le quali derivano da un atto che è commerciale *anche per una sola delle parti*, appartengono tutte *alla giurisdizione commerciale*. La nuova legge, evidentemente, rese pure ineseguibile questa norma di procedura, divenuta inconciliabile con la soppressione della indicata giurisdizione. Ma il principio a cui il legislatore erasi ispirato conserva integra sotto altro aspetto la sua importanza. Continua invero ad avere vigore l'art. 54 del codice di commercio, a tenore del quale se un atto è commerciale *anche per una sola delle parti, tutte sono per ragione di esso soggette alle leggi commerciali*. Ciò significa che qualsivoglia controversia sia per derivare dall'atto medesimo deve essere decisa con la scorta esclusiva di tale legge. Il che è a dire tanto per le pronunzie sulla validità delle obbligazioni e sui mezzi di prova rispettivamente ammissibili in giudizio, quanto per quelle sui loro effetti, esclusi quelli specialmente relativi alle persone dei commercianti, per cui fa esplicita eccezione il citato art. 54.

Il principio esposto appartiene al diritto sostanziale, non al processuale. Dato un rapporto giuridico e sorta su di esso una controversia, è necessario istituire in qualunque caso, una preventiva ricerca intorno ai suoi elementi intrinseci, per discernere quali norme di legge vi debbano essere applicate. Tale ricerca ha due distinti obbiettivi: uno d'ordine generale, l'altro particolare. In relazione al primo si tratta di determinare quale categoria di disposizioni legislative vada presa in considerazione, secondo le classi dei rapporti fondamentali a cui queste rispettivamente provvedono. Occorre quindi riconoscere se la controversia cada sotto la disciplina del diritto civile, o del commerciale, o dell'amministrativo, o dell'internazionale. In secondo luogo necessita stabilire, con analisi specifica del tema controverso, quale parte della legge determinata convenga alla disciplina del medesimo. I precetti di legge concernenti la locazione non servono per decidere su una vendita; nè quelli relativi agli ordinari contratti

Digitized by Google

commerciali giovano per deliberare sugli effetti particolari del contratto di cambio: e così via dicendo. Basta por mente a ciò per vedere in piena luce come il còmpito del magistrato, nella doppia ricerca di cui parliamo, sia il medesimo in relazione alla legge commerciale e ad ogni altra categoria di disposizioni legislative. Laonde egli procede secondo le regole comuni del diritto giudiziario (v. n. 25), applicando a ciascun tema di litigio la legge che gli è propria, e di ciascuna legge quei precetti che sono, secondo il di lui raziocinio, adatti al caso, senza che le istanze delle parti gli impongano in proposito un vincolo imprescindibile.

147. Una importante distinzione rimase adunque in vigore fra le materie civili e le commerciali, in quanto i due nomi servono per indicare, giusta l'indole di ogni singola controversia, quale legge imperar debba sopra di essa e governarne la risoluzione. Siffatta distinzione ripetesi anche nel campo della procedura, non già per quel che sia dei criteri misuratori della competenza, bensì rispetto alle norme del rito e della prova. Vedremo come, dinanzi ai tribunali, le controversie in materia commerciale abbiano riti propri, che sono stabiliti dal codice di procedura e da quello di commercio; vedremo altresì come, in ogni sede di giudizio, simili controversie diano luogo alla applicazione di regole speciali d'istruttoria e di procedimento. Tali regole e riti poterono essere mantenuti, malgrado la soppressione della giurisdizione commerciale, poichè avevano avuto origine dalla contemplazione di speciali opportunità inerenti ai rapporti litigiosi che derivano da affari mercantili. Tuttavia, poichè si tratta di provvidenze istituite nell'interesse privato dei litiganti, non in quello generale e pubblico della organizzazione giudiziaria, torniamo a dire che la loro osservanza non è indeclinabile e che perciò a torto da qualcuno si vorrebbero porre a fondamento e prova della sopravvivenza di una giurisdizione commerciale a cui manca ormai ogni elemento organico ed essenziale.

148. Tutto ciò premesso, e ponendo in relazione gli art. 84 e 85 del codice di procedura con la legge del 25 gennaio 1888, diremo che i tribunali civili conoscono in primo grado d'istanza di tutte le azioni in materie civili o commerciali che hanno un valore superiore a lire millecinquecento, salva la competenza eccezionale dei pretori nei casi indicati dall'art. 82 del citato codice, e quella delle giurisdizioni speciali nelle materie ad esse attribuite. Conoscono altresì delle controversie sulle imposte dirette o indirette e delle querele per falsità di documenti, siano queste ultime proposte in forma di istanza principale o incidentale, senza riguardo al valore della lite; e infine conoscono delle controversie su diritti di valore non determinato, a

Digitized by Google

sensi dell'art. 81; come pure di ogni ordinario giudizio per espropriazione forzata di beni immobili.

149. Per le controversie sulle imposte dirette o indirette è da osservare che la competenza esclusiva dei tribunali si fonda sul disposto della legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, sul contenzioso amministrativo, articolo 6, oltre che su quello dell'art. 84, n. 1 del codice. Tale competenza fu determinata allo scopo di assicurare a quelle controversie il giudizio di magistrati *inamovibili*, e quindi più indipendenti dal governo, il quale agisce come parte nelle medesime rappresentando gli interessi dello stato, spesso assai cospicui, non tanto per l'entità della somma in litigio quanto per l'importanza ed estensibilità della questione di massima che vi si può agitare. In realtà, però, da siffatta cautela i cittadini non ritraggono benefizio, ma danno. Le maggiori spese, le più lunghe formalità, il necessario ministero del procuratore, sconsigliano spesso dal portare innanzi al tribunale una contesa che, nei riguardi personali del privato ha forse una minima importanza pecuniaria; nè, per altra parte, mancherebbero al governo i mezzi per esercitare illecite pressioni sui magistrati inamovibili, sì che non vi è ragione per uno speciale sospetto contro i pretori e i conciliatori.

La legge considera le imposte dirette ed indirette senza distinzione; crediamo quindi indubitabile che comprenda ogni specie di tributo o tassa che i cittadini, per qualsivoglia titolo pagano allo stato, alla provincia od al comune, sebbene in diritto costituendo si possa difendere la opinione favorevole a limitare per lo meno l'eccezionale competenza dei tribunali alle imposte dovute allo stato.

Che s'intenda per « cause in materia d'imposte dirette e indirette » (art. 84 cod. proc. civile), ovvero per « controversie relative alle imposte dirette o indirette » (art. 6 legge 20 marzo 1865) non è bene stabilito nella pratica. La più razionale interpretazione della legge, come a noi pare, è quella che ne limita l'applicazione ai casi soli nei quali il giudice viene richiesto di spiegare il senso di una norma in materia tributaria e di determinare i modi e i confini dell'esercizio del diritto competente allo stato, alla provincia od al comune. Deve quindi trattarsi, in primo luogo, di una controversia fra il contribuente e la pubblica amministrazione o chi legalmente può agire per essa (quindi anche fra il contribuente e l'esattore), non già fra due privati i quali disputino sulla competenza passiva di un onere fiscale. Deve, in secondo luogo, essere posto in contesa il diritto alla riscossione della imposta, vuoi che si discuta intorno alla stessa esistenza del debito, o piuttosto intorno alla misura del medesimo. Nè pertanto sembra conforme alla legge il considerare

Digitized by Google

deferita alla competenza speciale dei tribunali ogni singola controversia in cui per avventura venga in esame un qualsiasi precetto contenuto in leggi regolatrici la istituzione o la percezione di una imposta. Così dissentiamo da molte pronunzie, anche recenti, con le quali la corte di cassazione di Roma è andata accentuando una sua tendenza non nuova a dare applicazione estensiva alla norma di competenza qui analizzata; tendenza che reputiamo non conforme ai criteri o ragioni che costituiscono il fondamento della norma medesima (1).

150. Circa la competenza speciale dei tribunali a conoscere della querela civile di falso, principale od incidentale che sia, terremo ampio discorso nella sede opportuna, giacchè qui sarebbe prematuro enunciare e svolgere le controversie e i dubbi sorti in proposito.

151. In grado d'appello i tribunali conoscono di tutte le azioni decise in prima istanza dai pretori e delle controversie che si elevano contro sentenze pronunziate dalle giurìe dei probi viri per valore

(1) Più d'una volta la ricordata corte di cassazione sentenziò (25 aprile 1895 e 13 febbraio 1896, *Giur. It.*, 1895, I, 1, 545: 1896, I, 1, 218), che dovendosi il lotto considerare un'imposta, la controversia sul pagamento *di una vincita al lotto* è di competenza dei tribunali, la quale decisione confonde le vincite dei privati, cioè i debiti dello stato per conseguenza del giuoco del lotto, con le imposte, cioè con i crediti dello stato medesimo verso i contribuenti. Moltissime volte (fra le più recenti vedasi 1° febbraio 1897, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 228), pronunziò la stessa corte che sono di esclusiva competenza dei tribunali le controversie tutte che si riferiscono alla interpretazione delle leggi sulla riscossione delle imposte. Perfino applicò questa norma di competenza alla lite sorta fra il compratore all'asta fiscale di un immobile venduto per debito d'imposta e il detentore del medesimo che opponevasi al rilascio (12 novembre 1896, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 229 in nota); e così all'azione promossa fra privati per restituzione di somma anticipata per la registrazione di un contratto, quando l'indole delle eccezioni opposte richiama il giudice ad interpretare una legge d'imposta (8 febbraio 1897, *ivi*, 230); così ancora all'azione del terzo che reclama con istanza in separazione la proprietà dei mobili pignorati dall'esattore per un debito d'imposta (24 marzo 1897, *ivi*, 326); tutti casi che non includono vera controversia relativa alla imposta. Notisi per altro che la corte medesima ebbe a decidere e riconoscere (14 luglio 1896, *ivi*, 1896, I, 1, 870) che dentro i limiti della competenza per valore il pretore è competente a conoscere di qualsiasi controversia che insorga in tema di pignoramento presso terzi per debito d'imposta: e più generalmente (10 agosto 1896, *ivi*, 727), che la necessità d'interpretare ed applicare disposizioni contenute in leggi che governano imposte dirette o indirette non fa venir meno la competenza del pretore quando non s'impugna il debito della imposta nè la qualità di essa, nè il modo di riscossione, nè la validità dell'eseguito pagamento, ma si contende su altro rapporto giuridico che trae la sua origine dall'applicazione delle leggi medesime.

Digitized by Google

superiore a cento lire, nei casi in cui sono le medesime sentenze impugnate per incompetenza od eccesso di potere (v. n. 133).

Prima dell'abolizione dei tribunali di commercio poteva qualche volta presentare importanza la determinazione dell'indole civile o commerciale della sentenza del pretore. E ciò precipuamente all'effetto di stabilire se l'appellazione dovesse essere portata al tribunale civile od a quello di commercio. Ma oggi non occorre più una simile ricerca.

152. Poichè il nostro codice comprende la competenza *per grado* in quella per materia, abbiamo parlato qui in via generica della competenza dei tribunali in sede d'appello. Gli articoli 83, 87, 88, accennano alla competenza in secondo grado dei pretori rispetto alle cause dei conciliatori, a quella delle corti d'appello rispetto ai tribunali, non che alla competenza della corte di cassazione. Ma si tratta di indicazioni sommarie che non hanno per sè bisogno d'illustrazione; e degli argomenti così accennati è indispensabile fare minuta ed acconcia trattazione alle rispettive sedi.

L'art. 86 accenna ancora alla competenza dei consoli e dei tribunali consolari, che formerà a sua volta argomento di separato nostro discorso.

« Ogni autorità giudiziaria — dichiara l'articolo 89 — esercita inoltre quelle attribuzioni che le sono affidate dalla legge ». Pongasi tra codeste attribuzioni in prima linea la giurisdizione volontaria. Non solo di essa, ma di parecchie altre avremo a far menzione ed intrattenerci più oltre; di tutte le attribuzioni speciali che sono deferite alle autorità giudiziarie, dalla legge d'ordinamento giudiziario e da altre leggi, è quasi impossibile, quando pur non fosse senza utilità, raccogliere qui l'elenco completo.

CAPO V.

Competenza per territorio.

153. Distribuite le autorità giudiziarie in molteplici sedi, non basta, per definire la rispettiva competenza territoriale, il dire che ciascuna esercita giurisdizione nei confini del circondario che dalla sua sede dipende. Imperocchè ancora ciò non chiarisce quali sono propriamente le liti che appartengono piuttosto ad un riparto del territorio che ad un altro.

A concretare una regola in proposito s'accordano il raziocinio coll'equità. La domanda giudiziaria è forma di esercizio di un diritto che l'attore ha o pretende di avere; è dunque logico che l'azione sia promossa nel luogo in cui il diritto corrispondente dovrebbe essere

Digitized by Google

esercitato. Ora questo luogo altro non è se non quello dove l'obbligazione dovrebb'essere adempiuta dal convenuto; quindi l'attore deve ricercare ed attaccare il convenuto dinanzi l'autorità giudiziaria da cui egli dipende in ragione della sua obbligazione. Il *foro del convenuto* (*forum rei*) è quello in cui la domanda deve essere proposta; ciò presenta, in linea di equità, il vantaggio di rendere meglio possibile ed agevole la difesa; la quale, in certi limiti, ha mestieri di una protezione speciale, in quanto che l'attacco è sempre meditato e spesso inaspettato. La regola è formolata nell'antico dettato: *actor forum rei sequitur.* Vedremo come tutte le discipline della competenza territoriale sono subordinate alla sostanziale osservanza di questo precetto.

Le norme date dal codice per definire la competenza territoriale sono comuni a tutte le autorità giudiziarie, salvo che per indicazione espressa risulti diversamente.

154. Le obbligazioni personali sono adempiute d'ordinario al domicilio del debitore (capov. dell'art. 1249 cod. civ.). Il giudice davanti al quale il convenuto deve essere citato per difendersi contro un'azione personale è quello del suo domicilio: così l'articolo 90 del codice di procedura; — infatti l'esercizio di un'azione personale non può seguire che *la persona* dell'obbligato. Al *domicilio* però l'art. 90 parifica la *residenza.* Le nozioni date nell'articolo 16 del codice civile, del domicilio (*sede principale degli affari ed interessi*) e della residenza (*luogo di dimora abituale*), dimostrano come il principio direttivo della competenza territoriale mantiensi ugualmente rispettato quando il convenuto sia chiamato a difendersi nell'uno o nell'altro dei due luoghi. Conseguentemente l'attore rimane libero di scegliere fra questo e quello. Spetta allo studio del diritto civile lo stabilire come si acquistano e si mutano il domicilio e la residenza; noi ci limitiamo a ricordare che gli incapaci in via assoluta hanno il domicilio del loro rappresentante e la moglie quello del marito. Per i primi non sarebbe facoltativo all'attore di sperimentare l'azione al foro della loro effettiva residenza personale invece che a quello del domicilio legale; bensì potrebbe scegliere fra il domicilio e la residenza del tutore.

Non conoscendosi il domicilio nè la residenza di una persona, può almeno essere noto in qual luogo essa attualmente si trova. Questo luogo, cioè *la dimora*, è naturale che si surroghi in tal caso al domicilio ed alla residenza; il che appunto stabilisce il primo capoverso del citato articolo 90.

Ma l'articolo medesimo non menziona soltanto le azioni *personali.* Esso sottopone alle medesime discipline che valgono per queste

Digitized by Google

anche le *azioni reali su beni mobili*. Come abbiamo detto al n. 15, il codice di procedura segue rispetto ai beni mobili lo stesso principio ammesso dal codice civile — *mobilia sequuntur personam*. — Il patrimonio mobiliare d'un cittadino si considera esistere là dove egli medesimo si trova.

155. Il domicilio a cui allude l'art. 90 è l'ordinario *domicilio civile*. Qualora però rispetto ad una determinata obbligazione, o ad una serie di rapporti giuridici, sia stata operata *elezione speciale di domicilio*, quale è autorizzata dall'articolo 19 del codice civile, il luogo dell'elezione si manifesta fornito di requisiti opportuni per fissarvi la competenza. Imperocchè la volontà medesima delle parti lo qualifica come sostituito al domicilio ordinario. Indi la conseguenza che davanti all'autorità di cotesto luogo *possono* essere intentate le azioni (art. 95). Diciamo *possono;* infatti il domicilio elettivo non toglie quello normale nè la residenza; adunque, sarà facoltativo all'attore di sceglierlo, ovvero di attenersi alla regola generale; salvo però che la elezione di domicilio risulti fatta *a particolare comodo del convenuto*, come se si fosse pattuita la competenza dellè autorità giudiziarie di quel luogo esclusivamente. Anche in simile ipotesi sta fermo tuttavia il principio che l'incompetenza non debba essere dichiarata se non dietro eccezione dell'interessato.

S'avverta che in virtù della potestà data alle parti di prorogare la competenza territoriale, è sempre facoltativo sostituire la competenza che risulta dalla elezione di domicilio a qualunque altra di quelle che verremo indicando e non solo alla competenza per le azioni personali e le reali mobiliari.

156. L'articolo 90 parla di *azioni personali* senza distinzione di sorta; esso contempla adunque eziandio le azioni personali relative ai beni mobili od immobili (*ad rem*).

Ma nell'articolo 93 leggiamo: « Le azioni reali su beni immobili *e quelle indicate nell'articolo* 82, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove è posto l'immobile, o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile ».

Prima di esaminare la ragione del precetto, facciamo notare che esso ci fornisce la prova irrecusabile che le azioni possessorie *non sono azioni reali*. Se tali fossero, non avrebbe senso la distinta menzione — come di categorie diverse — fatta dalla legge, delle azioni reali su beni immobili e di quelle indicate nell'articolo 82. È vero che nell'articolo 82 oltre le possessorie sono contemplate altre azioni di carattere personale indubitabile. È chiaro tuttavia che *tutte le azioni* comprese in quell'articolo sono poste dal nostro testo in un fascio e contrapposte quasi alle reali immobiliari, nel mentre stesso

Digitized by Google

che vengonvi assimilate in ordine alla competenza per territorio. Non sarebbe mancato modo di sceverare con idoneo linguaggio le azioni possessorie da quelle di diversa indole dell'articolo 82, se il legislatore avesse ammessa una tale diversità.

Tutte le azioni enunciate nell'articolo 82 sono invero *personali* ma *relative ad una cosa mobile o ad un immobile.* E qui è acconcio di rilevare che la regola di competenza espressa nell'articolo 93 vale per le azioni dell'articolo 82 solo quando si adempia la condizione da quell'articolo premessa, che cioè siano proposte entro l'anno, eccettuate solo le azioni possessorie e la nunciazione di nuova opera, giusta l'osservazione fatta al n. 136. Trascorso l'anno, cessa ogni rapporto tra quelle azioni e l'articolo 82; ed alla guisa medesima che andranno assoggettate alle regole ordinarie della competenza per materia e valore, subire dovranno anche quelle della competenza per territorio. Sarà più malagevole l'istruttoria innanzi al giudice del domicilio del convenuto che innanzi a quello del luogo dove avvenne il fatto; ma l'attore che fu negligente, sopporta con ciò la pena della propria condotta.

157. Per le azioni reali immobiliari e per quelle dell'art. 82 il *forum rei sitae* è dunque determinatore della competenza invece del *forum domicilii.* Si considera che l'interesse del convenuto è congiunto alla cosa che direttamente o indirettamente viene in controversia, che presso di essa egli radunerà più presto e facilmente le armi della difesa, che infine — da un punto di vista rigorosamente giuridico — il luogo dove si eserciterebbe il preteso diritto è quello dove sta la cosa; onde il giudice che ivi ha sede debb'essere competente. L'esplicazione è mutata, ma il principio, come si vede è costantemente lo stesso.

Dalla relazione Pisanelli e dall'articolo 94 del progetto annessovi, appare che fu originariamente vagheggiata l'idea di estendere la competenza del *forum rei sitae* a tutte le azioni relative a beni immobili, non meno *reali* che *personali.* A noi sembra che il divisamento non mancasse di opportunità. Ad ogni modo le parole dell'articolo 93 non permettono discussione. Esso disciplina solamente le azioni *reali* su immobili, e per eccezione quelle personali dell'articolo 82.

Un immobile può estendersi sovra territori compresi in circoscrizioni giudiziarie diverse. Di fronte a questa ipotesi è prevalso in talune legislazioni il sistema di attribuire competenza al tribunale del luogo dove se ne trova la maggiore estensione. Ad evitare incertezze e controversie il nostro codice (capov. dell'art. 93) dispone che l'azione sia promossa davanti l'autorità giudiziaria del luogo in

Digitized by Google

cui è posta la parte *soggetta a maggiore tributo diretto verso lo stato*, o davanti quello del luogo in cui è posta una parte qualunque ed il convenuto od alcuno dei convenuti ha domicilio o residenza. Se non potesse concorrere l'ultima condizione accennata e si verificasse il caso strano di perfetta uguaglianza del tributo di tutte le parti, la facoltà di scelta spetterebbe all'attore.

158. L'ipoteca è definita dalla legge un *diritto reale* (art. 1964 cod. civile) *sopra beni immobili;* l'obbligazione, anche ipotecaria, è classificata fra i *beni mobili* (art. 418 cod. cit.). Questa distinzione ci dà il criterio più sicuro per risolvere i dubbi relativi alla competenza territoriale in tema di azioni ipotecarie. Quando si agisce pel conseguimento dello scopo in vista del quale l'ipoteca fu costituita ed iscritta, si esercita un'azione reale, si persegue l'immobile presso qualunque possessore: a buon diritto pertanto la competenza per il giudizio di spropriazione e per quello di purgazione è riconosciuta dalla legge (art. 662 e 727 cod. di proc.) nel *forum rei sitae.* Quando per contrario, chieggasi la cancellazione di una ipoteca, perchè il credito è estinto o prescritto, o non sussiste, si esercita un'azione personale *ad rem* e devesi seguire la competenza del *forum domicilii* (1). Lo stesso noi reputiamo doversi dire, dei casi nei quali è domandata in giudizio la nullità dell'iscrizione ipotecaria per vizi estrinseci od intrinseci, o la sua riduzione per uno dei titoli contemplati nell'articolo 2026 del codice civile o per altri; in questi casi non si esercita un'azione reale, ma semplicemente un'azione personale; il diritto reale nascente dall'ipoteca è quello che *spetta al creditore*, mentre le azioni di cui parliamo sono esercitate *contro il creditore*, vale a dire propongono il giudizio sopra una pretesa di carattere personale. Nè diversamente opiniamo rispetto all'azione per supplemento d'ipoteca a sensi dell'articolo 1980 codice civile, giacchè qui pure manca l'esercizio del diritto reale il quale può

(1) Questo può essere però il luogo del *domicilio eletto* dal creditore nella iscrizione (art. 1987, n. 2, cod. civile), ed in simile ipotesi coinciderà col *forum rei sitae*. È in siffatta considerazione che l'art. 1999 del citato codice, parlando delle azioni alle quali le iscrizioni ipotecarie possono dar luogo *contro i creditori*, si limita a dire che sono promosse davanti *l'autorità giudiziaria competente*. Il codice civile francese (art. 2159) e l'albertino (art. 2282) assegnarono al tribunale del luogo dove fu iscritta l'ipoteca, la competenza per le azioni di cancellazione e riduzione; ma ciò non significa punto che abbiano voluto qualificarle per azioni reali come da molti credesi, mentre la competenza del *forum rei sitae* è adottabile anche per azioni personali relative a beni immobili, quali sono appunto le ora mentovate.

Non omettiamo di avvertire che intorno alle controversie qui accennate la giurisprudenza è ondeggiante.

Digitized by Google

sorgere solo dopo iscritta l'ipoteca supplementare. Non siamo di parere che questa sia una soluzione in sè medesima encomiabile, avendo già accennato alla opportunità che le azioni personali relative a beni immobili fossero sempre di competenza del *forum rei sitae;* ma la crediamo la più esatta interpretazione della nostra legge. Essa non comprende però le controversie sulla cancellazione dell'iscrizione fra la parte interessata e il conservatore delle ipoteche; qui per necessità il tribunale (a cui allude l'articolo 2039 del codice civile) è quello del luogo dove fu presa l'iscrizione, avvegnachè essendo convenuto il conservatore, il *forum domicilii* coincide con quello *rei sitae.*

A proposito del domicilio elettivo che può stabilire il foro competente in controversie sopra iscrizioni ipotecarie, stimiamo opportuno far notare che la elezione fatta a sensi dell'articolo 1987, n. 2 del codice civile, a differenza di quella contemplata dall'articolo 140 del codice di procedura, non perde il suo effetto per la morte della persona o la cessazione dall'uffizio presso cui fu eletto il domicilio, ma continua a valere come fatta *nella località* dove abitava la persona defunta o risiedeva l'uffizio cessato, fino a che altra elezione non sia notificata, giacchè qui si tratta di un *obbligo* imposto al creditore, non di una facoltà al cui esercizio egli possa liberamente rinunziare per una accidentale mutazione di estrinseche circostanze.

158 *bis.* Sebbene il codice civile non contempli alcun caso di cancellazione delle trascrizioni, tuttavia non è impossibile che sia proposta in giudizio una domanda diretta a tale scopo, o perchè una trascrizione dicasi irregolarmente eseguita, o perchè si impugni o si neghi il titolo della medesima. Quale sarà il giudice competente?

Il dubbio nasce, evidentemente, nella sola ipotesi in cui la domanda di cancellazione sia proposta in giudizio *come principale.* In questo caso ci sembra che l'azione introdotta sia personale *ad rem*, e non reale; invero, se anche il risultato ultimo cui mira l'attore è di sciogliere da un vincolo che stima indebito la sua proprietà, tuttavia oggetto proprio e immediato della domanda è la negazione del diritto del convenuto a imporre e a mantenere la pubblica dichiarazione. La trascrizione per sè stessa non crea nè modifica diritti reali, ma ne costituisce semplicemente un segno od una guarentigia. Contendere intorno ad essa non è adunque contendere su di un diritto reale (1).

Il che a maggiore ragione diremo quando trattisi di controversia intorno a una di quelle trascrizioni che non sono nemmeno destinate

(1) *Contra*, nel senso che l'azione sia reale: cass. Torino, 23 luglio 1897 (*Giurispr. It.*, 1897, I, 1, 801).

Digitized by Google

a contrassegnare o guarentire diritti reali (art. 1933 cod. civ.). Mentre poi, se la domanda di cancellazione è proposta come accessoria ad altra, di carattere reale ovvero personale, ne seguirà in ogni caso, naturalmente, la competenza.

159. Esposte le norme generali, passiamo all'esame di quelle che la legge detta con qualche carattere eccezionale.

Troviamo nella prima parte dell'articolo 91 ammessa per taluni casi la competenza del foro *del contratto*, o di quello dove deve essere *eseguita l'obbligazione*, o di quello dove si *trova la cosa mobile oggetto dell'azione*. Il legislatore reputa che il convenuto ben possa avere in taluni casi maggiore od altrettanto agio a difendersi rispettivamente in codesti luoghi come al foro del suo domicilio, e rende *facoltativo* all'attore di prescegliерli per l'instaurazione del giudizio. Ma a una condizione: che nell'uno o nell'altro dei detti luoghi il convenuto sia *citato in persona propria*. Infatti la *presenza personale* del convenuto nel luogo della stipulazione, o della esecuzione, o dove esiste la cosa mobile, guarentisce che lo scopo costante delle discipline riguardanti la competenza territoriale sarà raggiunto appieno col chiamarlo a difendersi innanzi al giudice di uno di tali luoghi. Dimostra, in altre parole, che il vincolo della persona con quel luogo, non fu casuale e transitorio, ma ha una certa misura di costanza. Alla condizione ora menzionata si deve peraltro derogare quando in uno dei luoghi predetti la competenza venne stabilita dalla elezione di domicilio fatta dal convenuto.

La condizione di cui si è parlato non è richiesta, giusta il capoverso dell'articolo 91 quando si tratti di materie commerciali. L'azione personale e quella reale su beni mobili in queste materie possono proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo *in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce*, od in cui *deve eseguirsi l'obbligazione* sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria (1).

---

(1) In quanto al *forum executionis*, prevale l'opinione che se una parte dell'obbligazione deve essere eseguita in un determinato luogo, ciò basta per rendere competenti i giudici di quel luogo sopra ogni controversia nascente dal contratto. — È poi indifferente che il *forum executionis* sia stato determinato *ab initio* dalla convenzione delle parti, in modo invariabile, o che, per la natura del contratto, possa essere soggetto a variazioni durante il vigore del medesimo. In quest'ultimo caso, varrà come *forum executionis* relativamente ad una controversia, quello del tempo in cui la lite sorge. La regola ha una speciale importanza rispetto alle locazioni d'opera, nelle quali il conduttore dell'opera può incaricare il locatore di prestarla ora in un luogo ora in altro, a seconda della propria convenienza. Non è esatto dire che in tal caso manchi un foro *convenzionale* per la *esecuzione* del contratto. L'elemento convenzionale c'è sempre, ed è visibile a chi

Digitized by Google

La necessità di rendere più facile l'esercizio delle azioni commerciali e il muoversi più frequente delle persone dedite al traffico, dànno bastante ragione dell'ultima clausola riferita. Dal complesso del testo risulta che nelle materie commerciali si può scegliere tra il foro dell'ordinario domicilio, quello della esecuzione e quello in cui fu fatta *la promessa e la consegna della merce.* Rispetto a questa ultima designazione, è chiaro che le parole della legge contengono l'ipotesi che nel medesimo luogo abbiano a farsi e la promessa e la consegna, senza di che manca il titolo della competenza. Nondimeno è da ritenere poco felice la usata locuzione e molto discutibile la sua razionalità.

160. La ricerca del foro contrattuale potrebb'essere fonte di molte dubbiezze quando il contratto fosse stato conchiuso *fra assenti.* Sono celebri le dispute dottrinali sulla determinazione del momento e quindi del luogo in cui esso si perfeziona. Oggi l'articolo 36 del codice di commercio risolve la controversia in modo tassativo per le materie commerciali; e non sarebbe possibile rifiutare l'applicazione analogica del medesimo anche alle materie civili giusta il capoverso dell'articolo 3 delle *disposizioni preliminari al codice civile.*

161. È controverso se l'azione per nullità del matrimonio possa essere promossa innanzi al tribunale del luogo dove esso fu celebrato, come *foro del contratto.* Noi accettiamo la soluzione affermativa data dalla cassazione di Firenze (1) giacchè si tratta di *azione personale* e vi ha un *contratto;* quindi gli estremi richiesti dall'articolo 91 primo alinea si riscontrano nel caso in esame. Se poi si aggiunga che a stabilire la competenza del magistrato di quel luogo occorre che il convenuto sia *ivi citato in persona propria*, cade il fantasma degli inconvenienti da qualcuno ravvisati nel trascinare la controversia lontano dal domicilio coniugale che sarebbe il foro di domicilio per essa ordinariamente competente. La presenza personale del convenuto nel luogo del celebrato matrimonio, la libera

---

rifletta che il locatore dell'opera può non accettare la nuova destinazione datagli dal conduttore, rifiutandosi alla continuazione del contratto; e può anche legittimare la propria condotta adducendo motivi che giustifichino il rifiuto. Inoltre, il diritto del conduttore dell'opera di variare il luogo in cui essa è prestata dipende sempre dal contratto, cioè da una preventiva adesione del locatore alle variazioni che saranno ordinate dal conduttore. La disputa si è presentata a proposito delle relazioni fra le grandi società ferroviarie e i loro dipendenti. La giurisprudenza in materia non è ancora bene assodata.

(1) Sentenza 11 ottobre 1881, *Foro ital.*, 1881, col. 918.

Digitized by Google

scelta di codesto foro fatta dall'attore, eliminano l'apparente importanza di questo obbietto.

162. Nessuna disposizione ha il codice nostro relativamente alla ipotesi che il convenuto non abbia nè domicilio, nè residenza, nè dimora conosciuti. Ed è ragionevole il silenzio. L'attore, seguendo le forme di citazione che più tardi conosceremo, può iniziare l'azione innanzi il magistrato del luogo che a lui piaccia di scegliere (d'ordinario per le azioni personali e per le reali mobiliari, sarà quello del suo proprio domicilio); se il convenuto compare e oppone la declinatoria del foro, manifestando il luogo dove ha domicilio, residenza o dimora, si giudicherà sulla medesima come di ragione. Se non compare, il giudizio procederà nel luogo dove fu intrapreso, non potendo essere sollevata d'uffizio veruna eccezione, quando, anche per contratto o per altro titolo, risultasse designata una diversa competenza. È chiaro, senza bisogno di dirlo, che per le azioni da istituire al *forum rei sitae*, il conoscere o no la residenza, il domicilio o la dimora del convenuto non ha importanza nei riguardi della competenza.

163. Rispetto al caso in cui sia convenuta una delle amministrazioni dello stato, vigono le regole ordinarie di competenza quando si tratta d'azioni reali su beni immobili e di quelle dell'articolo 82. Vale pure come criterio determinatore della competenza la elezione contrattuale di un domicilio. All'infuori di ciò, le azioni personali e quelle reali su beni mobili devono sempre proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi la obbligazione, od in cui si trova la cosa mobile oggetto dell'azione.

La personalità giuridica dello stato essendo presente in tutto il territorio per mezzo delle molteplici sue rappresentanze, conveniva regolare di questa guisa la scelta dell'autorità giudiziaria da adire per ogni singola controversia, non potendo applicarsi la norma pura e semplice del *forum domicilii*. Ma ancora qui riesce chiaro che il luogo per l'esercizio dell'azione è quello dove si esercita o si dovrebbe esercitare il diritto.

Per le controversie relative alle imposte dirette o indirette, è determinata la competenza con un criterio più semplice, essendo essa attribuita al tribunale del luogo dove ha sede l'uffizio che ha riscossa o deve riscuotere l'imposta. Questa particolare disciplina è da seguire anche quando sia attrice la pubblica amministrazione; poichè il luogo in cui è pagabile l'imposta è quello dove essa esercita il diritto suo e il cittadino adempie la propria obbligazione.

Le mentovate disposizioni sono contenute nell'articolo 92.

Digitized by Google

164. L'eredità, considerata come *nomen juris*, come fittizio proseguimento della personalità giuridica del defunto ha una specie di domicilio proprio, nel luogo della *aperta successione* (art. 923 codice civile). Siavi un solo erede o sianvene più, in codesto luogo perdura per qualche tempo il centro dell'amministrazione e liquidazione di tutti gli affari e rapporti dalla successione occasionati. Per tale motivo la legge di procedura ha potuto considerare che alcuni diritti connessi alla successione o dalla medesima dipendenti hanno la sede del loro esercizio nel luogo dell'aperta successione; e quindi per le azioni relative ha resa competente l'autorità giudiziaria che ivi risiede. È ragionevole però riflettere che simile centro degli affari ereditari ha una perduranza limitata; giacchè compiuta la liquidazione o almeno semplificate le pendenze dall'eredità derivanti, ne cessa di fatto e di diritto la ragione. Ecco perchè l'articolo 94 ha soltanto stabilita la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione, per le azioni in petizione o divisione d'eredità fra coeredi, fino *al tempo in cui la divisione sia effettuata;* e l'ha similmente limitata *ad un biennio dalla divisione*, per le azioni in rescissione della medesima, o in garanzia delle quote assegnate; ha voluto che essa valga per le azioni contro l'esecutore testamentario quando sieno proposte *prima della divisione*, ovvero *entro un biennio dall'aperta successione*, se di divisione non vi fu bisogno; infine le ha assegnato questi due termini stessi, nella detta alternativa, per le azioni dei creditori e legatari dell'eredità che non esercitano diritto reale sopra un immobile. Poichè qualora si trattasse di azioni reali immobiliari la regola da osservare è sempre quella del *forum rei sitae.*

Nel caso di successione aperta fuori dello stato, mancando la sede ereditaria preindicata, vuole il capoverso dell'articolo citato che le azioni suddette si propongano davanti l'autorità giudiziaria del luogo dove è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi, data preferenza, come dinota l'ordine delle indicazioni, a quella del luogo dove si trovano gli immobili, poichè ivi è più probabilmente la sede principale degli affari ereditari. Se poi non sia possibile seguire codeste indicazioni, si torna ad osservare la regola ordinaria del *forum domicilii* del convenuto.

È ammesso che la disposizione ora menzionata riguardi non soltanto le successioni di cittadini italiani aperte all'estero, ma eziandio quelle di stranieri morti fuori d'Italia e che abbiano qui beni patrimoniali. S'intende che la regola di procedura così stabilita non toglie, rispetto alle successioni degli stranieri, che si debba osservare il precetto dell'art. 8 delle *disposizioni preliminari al codice civile.*

Digitized by Google

165. Un'altra regola speciale di competenza è quella dell'articolo 97, a mente del quale l'azione per rendimento di conti di una tutela o di una amministrazione si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita od esercitata. A noi sembra più completo e razionale il sistema, accolto dal codice di procedura francese (articolo 527) dal quale è prescritto che gli amministratori deputati dall'autorità giudiziaria sono soggetti pel rendimento di conto alla competenza del giudice delegante, che i tutori sono soggetti a quella del luogo ove la tutela fu conferita, che finalmente per gli altri amministratori si segue il *forum domicilii*. Il nostro codice coll'aver confusa ogni specie di amministrazione e data in ogni caso uguale e alternativa competenza al foro del conferimento ed a quello dell'esercizio, non ha in sostanza obbedito a verun particolare criterio di ragione.

166. Per le società la competenza territoriale è regolata da speciali disposizioni, tanto nei loro rapporti coi terzi, come in quelli fra i soci.

Il capoverso ultimo dell'articolo 90 dispone che l'azione personale e l'azione reale su beni mobili contro una società, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è *la sede dell'amministrazione* o si trova *uno degli stabilimenti sociali, con un rappresentante* della società.

Questa regola permette evidentemente che una società la quale abbia parecchi stabilimenti sia citata per un affare stipulato da una delle sue sedi avanti il magistrato di un luogo assai lontano, dove essa abbia altra sede. A togliere il pericolo di abusi in mala fede più facili rispetto alle società commerciali che a preferenza delle civili sogliono moltiplicare le loro sedi, e nello stesso tempo a mantenere la legittima possibilità che una azienda sociale la quale abbia parecchie sedi, filiali, o rappresentanze, debba rispondere nei luoghi rispettivi delle obbligazioni da ciascuna incontrate, l'articolo 872 del codice di commercio modificava l'ultimo capoverso dell'articolo 90 del codice di procedura, col disporre che le azioni personali e le azioni reali sopra beni mobili derivanti da atti intrapresi per conto di una società nazionale od estera, dal suo istitore o rappresentante, fuori della sede sociale, possono proporsi *dai terzi* dinanzi l'autorità giudiziaria del luogo ove si esercita il commercio, o risiede l'istitore od il rappresentante (1).

(1) A torto alcune sentenze, in deroga a questa regola, hanno ritenuto che quando una società, senza preventiva dichiarazione di fallimento, fu posta

Digitized by Google

Le azioni *fra soci*, fin che esiste la società, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è il principale stabilimento sociale. Quivi essendo il centro d'azione della società, è pure il centro delle relazioni fra i soci e dell'esercizio dei diritti di ciascheduno. Quando la società debba sciogliersi o sia sciolta, le azioni fra soci, anche dopo la liquidazione, per la divisione e per le obbligazioni che da essa derivano, continuano ad essere di competenza della medesima autorità sino al termine di un biennio dopo la divisione (art. 96). Del che si ha ragione, per analogia, da quanto fu detto al n. 164.

Deggionsi ritenere azioni fra soci non solo quelle fra individuo e individuo, ma anche quelle fra un socio e la società, sieno promosse da quello o da questa. E intendesi di leggieri che si deve trattare di azioni relative al vincolo sociale, e non altrimenti.

La disposizione dell'art. 96 è applicabile soltanto alle società che hanno in Italia i loro diversi stabilimenti, principale e filiali. Una società di commercio che abbia, o pretenda di avere, all'estero la sua sede principale non potrebbe invocare l'applicazione dell'articolo 96 per le azioni *fra soci* spiegate in Italia, qualora essa qui abbia una propria sede. Imperocchè l'articolo citato regola la competenza dei giudici dentro i confini dello stato; e la società estera che ha una sede in Italia deve essere parificata allo straniero residente nel regno. Su di che vedasi *infra*, n. 185.

167. Di altre due regole di competenza territoriale, che sono date dal codice di commercio dobbiamo far menzione.

La prima (capov. dell'art. 872) riguarda le azioni derivanti dal contratto di trasporto, le quali possono proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui risiede un rappresentante del vettore, o se si tratti di strade ferrate, dinanzi a quella del luogo dove trovasi la stazione di partenza o d'arrivo. Ben s'intende che non è tolta la facoltà di seguire il *forum domicilii* del vettore o dell'amministrazione centrale ferroviaria.

La seconda (art. 873) è per le azioni di risarcimento derivanti da urto di navi, che possono promuoversi davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'avvenimento, o del primo approdo, o di desti-

---

in moratoria e ottenne un accordo amichevole con la maggioranza dei creditori prescritta dall'art. 825 cod. di comm., le azioni dei creditori dissenzienti debbano essere poi esercitate esclusivamente dinanzi al tribunale che ordinò la moratoria. È abbastanza chiaro l'errore quando si consideri che l'accordo amichevole legalmente stipulato fa cessare lo stato di moratoria, quindi non sopravvive più alcun titolo speciale ed eccezionale per la competenza esclusiva suaccennata.

Digitized by Google

nazione. Quando si tratti di danni non superiori a lire 400 cagionati dall'urto delle navi nell'ancorarsi od ormeggiarsi, o nella esecuzione di qualsiasi altra manovra nell'interno dei porti, delle darsene, o dei fossi, sono competenti a conoscerne i capitani di porto nel circondario dove è posto il capoluogo di un compartimento, e nel rispettivo circondario gli ufficiali di porto (art. 14, lett. *a*, del codice per la marina mercantile, promulgato con r. decr. 24 ottobre 1877).

168. Non incontrandosi nel codice veruna dichiarazione circa la competenza territoriale per le azioni che tutelano diritti strettamente personali (stato civile, capacità, ecc.) è da ritenere per le medesime la esclusiva competenza del *forum domicilii* del convenuto. Per quanto taluno parifichi od assomigli i diritti accennati a quelli *reali*, considerando che non corrispondono a rigore di termini ad una altrui obbligazione personale, pure la impossibilità di stabilire a loro riguardo un *locum rei sitae* ci persuade, oltre la considerazione esposta al n. 14, a tenere per sicura la regola di competenza suespressa.

CAPO VI.

Litispendenza, connessione o continenza di lite.

169. L'argomento che ora dobbiamo trattare costituisce sempre per i proceduristi una grave difficoltà. E se fra noi il Pescatore (1) lo ha con penna magistrale notevolmente illustrato, non possiamo dire che la legislazione vigente soddisfi appieno al bisogno di discipline nitide ed esaurienti. Difetto questo che nei codici anteriori e negli stranieri è però anco più sensibile che nel nostro. L'indole di questo lavoro non ci permette di entrare in discussioni troppo minute sui particolari; ma cercheremo, in compenso, di recare la maggior lucidezza possibile nella esposizione dei principii e delle interpretazioni.

Fra gli elementi costitutivi del giudizio civile (v. n. 27) quelli che servono a differenziare una lite da un'altra sono in via fondamentale i due primi: le *persone* e la *domanda*. Questa poi può distinguersi in due parti essenziali, il *titolo* e l'*oggetto*. A chiarire subito tale distinzione servano alcuni esempi: se due persone sono obbligate insieme a pagare per quote un medesimo debito, e il creditore le cita entrambe pel pagamento, si vedrà aversi nelle domande proposte un solo *titolo*, ma due diversi *oggetti*, dovendo ciascun convenuto adempiere una parte distinta della comune obbligazione. Se

(1) *Sposizione compendiosa*, vol. I, pag. 168 e segg.

Digitized by Google

col debitore principale si è obbligato un fideiussore, la domanda di pagamento contro di entrambi diretta dipende da *titoli* diversi, perchè altro è l'obbligo del debitore altro quello del fideiussore, ma l'*oggetto* è uno perchè si tratta della medesima somma. Se due o più persone sono obbligate in via solidale ad un pagamento, uno è il *titolo* ed uno l'*oggetto* della domanda che sia rivolta contro tutti per l'integrale adempimento della obbligazione.

Indi risulta come la simultanea *identità* dei tre elementi menzionati, persone, titolo, oggetto della domanda, rende identiche fra loro due controversie; mentre la identità in due liti di uno o di due degli elementi medesimi potrà stabilire fra di esse un vincolo di rassomiglianza o di affinità, vario a norma dei casi, mai quello di identità.

170. Occupiamoci in prima della ipotesi di *identità*. Non può certo essere tollerato da una civile e ben ordinata legislazione, che una medesima lite si instauri più d'una volta e sia più di una volta decisa. L'eccezione della *res judicata* previene il pericolo di questo sconcio, quando la riproduzione della controversia si verifichi dopo che una sentenza divenuta irrevocabile l'abbia per la prima volta decisa (art. 1351 cod. civ.). È infatti estremo caratteristico ed essenziale della regiudicata la identità dei tre elementi nel precedente numero indicati. Quando la riproduzione della controversia abbia luogo innanzi al medesimo o ad altro giudice, prima che siasi formata la regiudicata sopra la domanda identica antecedentemente proposta, manca il sussidio della *exceptio rei judicatae*, ma la legge fornisce invece quello della *eccezione di litispendenza*. Questa eccezione opponendo la preesistenza e pendenza attuale *della medesima lite*, ottiene l'effetto che sulla seconda domanda non possa procedersi ad alcuno esame, e che debbano le parti essere rimesse alla sola decisione che renderà il magistrato sovra quella che è anteriore in ordine di tempo. La *prevenzione* (l'anteriorità cronologica della domanda) si determina dalla data della citazione che è l'atto introduttivo del giudizio; criterio semplice e sicuro in un tempo (1). La riproduzione della identica domanda può seguire innanzi al medesimo giudice investito della prima o ad un giudice diverso. In ambedue i casi si osservano del pari queste regole (art. 104). È però da osservare che nella seconda ipotesi si può parlare con tutta

(1) Qualora le due citazioni recassero la medesima data, è da opinare che la prevenzione si determini prendendo norma dalla scadenza del termine per comparire, come fu deciso dalla corte di cassaz. di Torino con sentenza 15 maggio 1894 (*Monit. dei trib.*, 1897, 622).

Digitized by Google

esattezza di *incompetenza* del nuovo giudice adìto, a decidere la lite già acquisita alla competenza del primo; nell'altra ipotesi la declaratoria d'*incompetenza* è pronunziata allo scopo di assicurare l'unità del giudizio, ma il linguaggio è alquanto improprio; anzi siffatta declaratoria può essere facilmente evitata mediante l'unione delle due domande per ottenere una sentenza unica che pronunzi insieme sulla eccezione di litispendenza e sul merito.

171. Può accadere che al tempo in cui la seconda domanda si propone al giudice di prima istanza, la precedente sia già in uno stadio di istruzione avanzata, od abbia superato ben anco il primo grado di giurisdizione, e forse si trovi sottoposta ad un rimedio straordinario (cassazione, rivocazione). Nessuna di queste circostanze scema od elimina l'inconveniente della duplicità del giudizio. Si è veduto (n. 100) che il legislatore stimava di dovere a tale effetto permettere la proposta della eccezione di litispendenza *in qualunque stato e grado della causa* (art. 188), il che nel suo linguaggio vuol dire, anche *in giudizio di cassazione per la prima volta*. Benchè questa interpretazione sia da molti proceduristi oppugnata, non ci pare ne sia lecita altra, se anco il precetto sembri in sè censurabile per soverchia ampiezza (1).

Ma il giudice non può rilevare d'uffizio l'eccezione di litispendenza, come non vi è autorizzato per quella di regiudicata. La parte interessata è libera di rinunziare agli effetti della sentenza già pronunziata, come di abbandonare il giudizio in precedenza sostenuto, per accettare gli effetti della seconda decisione o del secondo giudizio. Trattasi d'interessi privati nè il giudice, se non sia provocato da istanze formali, può ingerirsene.

172. Dove la identità o comunanza sia fra due od uno degli elementi di due liti, non si corre il pericolo che sorgano due sentenze materialmente inconciliabili. Se due debitori solidali sono citati in giudizi distinti, l'assoluzione dell'uno e la condanna dell'altro, pronunziate colle due sentenze, non si elidono a vicenda; anzi ponno ben coesistere. Pur tuttavia la repugnanza logica fra i due giudizi è evidente. L'uno o l'altro (poichè qui supponiamo che non sianvi state eccezioni *personali* a favore di un condebitore) rappresenta una ingiustizia. E dicasi di più che le parti possono averne danni non lievi, come nell'esempio additato è facilissimo avvertire. Indi l'idea

(1) Tuttavia si deve considerare che il più delle volte sarà improponibile davanti la corte di cassazione per la prima volta, poichè d'ordinario l'accertamento della identità fra due liti esige una ricerca *di fatto* che in quella sede non può essere istituita.

Digitized by Google

e la ragione di una nuova regola di competenza, fondata sovra la *connessione delle liti*, che consiste nel conferire al giudice competente per una domanda, la potestà di conoscere e sentenziare anche su quelle che hanno comuni colla medesima taluni degli elementi costitutivi, sebbene per sè non soggette alla di lui competenza per ragione di territorio, di valore, o di materia.

I nomi di *continenza* e *connessione* si trovano usati promiscuamente e congiuntamente nel nostro codice. Questo è un difetto. Imperocchè, accennando essi a due nozioni diverse, sebbene analoghe, conveniva adattarli rispettivamente a quelle figure processuali a cui ciascuno è appropriato, il che avrebbe fatto guadagnare alla legge un po' di quella chiarezza di cui non ha esuberanza.

173. Esamineremo i casi di identità parziale degli elementi di due liti, nei varii aspetti che ponno presentare. E dapprima, supponendo ferma la *diversità delle persone*, vediamo le tre forme in cui può incontrarsi la comunanza degli altri due elementi o di uno almeno:

Identità di titolo e d'oggetto: più condebitori in solido. *Identità di titolo ma non di oggetto:* più condebitori di quote divise. *Identità di oggetto ma non di titolo:* un debitore ed un fideiussore.

In ciascuno degli accennati casi, come in ogni altro congenere, i singoli obbligati dovrebbero essere citati al proprio foro personale, a meno che vi sia per eccezione un foro comune contrattuale. Indi la possibilità di tante liti e tante decisioni a cui nulla impedirebbe di riuscire discordi, attesa la indipendenza del giudizio di ciascun magistrato Riunite invece per virtù della legge di connessione, queste azioni sono dal codice assoggettate alla competenza di un solo magistrato: *quello del luogo del domicilio o della residenza di alcuna delle persone obbligate* (art. 98). La scelta è libera all'attore: se fosse stata attribuita prevalente competenza al giudice del luogo dove ha residenza o domicilio *il maggiore interessato*, si sarebbe dischiusa la sorgente di molte controversie preliminari, che fu opportuno prevenire.

174. Il citato articolo 98 non prescrive che si faccia *un solo giudizio* contro le persone obbligate per titoli connessi o per uno stesso oggetto. La competenza per connessione autorizza a citare davanti il giudice già adìto per la condanna di un debitore, anche in *giudizio separato*, il condebitore che avrebbe altro foro personale. È chiaro che lo stesso giudice meno facilmente si contraddirà di quel che potrebbero due giudici diversi. Tuttavia, essendo più e meglio assicurata la rimozione dell'inconveniente, quando *una sola sentenza si pronunci*, le due cause che fossero state proposte

Digitized by Google

separatamente, dovranno, quando sia possibile, essere *unite* in una medesima decisione. Diciamo *quando sia possibile*, perchè il trovarsi l'una in istato d'istruttoria già compiuta o molto inoltrata, quando l'altra sia ancora al principio, costituirebbe un ragionevole ostacolo. L'*unione* delle cause è adunque un opportuno completamento processuale all'istituto della *connessione*, quando le azioni connesse non siano state promosse in un solo giudizio dall'origine. Alcune norme circa l'unione delle cause davanti i tribunali, sono date dall'articolo 229 del regolamento generale giudiziario.

174 *bis*. I casi esaminati, ai quali è caratteristica comune la *diversità delle persone*, rappresentano il tipo principale della *connessione;* la *identità delle persone interessate* è, invece, in generale il segno distintivo della *continenza di lite*, quando alle due istanze sia pure comune qualche elemento *obbiettivo*. In altri termini: una lite si dirà semplicemente *connessa* con altra, quando, malgrado la comunanza di fattori obbiettivi, esse sono, dal punto di vista degli elementi subbiettivi (parti litiganti), indipendenti fra loro; — si dirà che una lite è *contenuta* in un'altra, quando, aggiungendosi alla identità di qualche fattore obbiettivo anche quella degli elementi subbiettivi, ne emerge la esistenza di un vincolo molto più stretto fra le due, in quanto la prima (lite *contenente*) fornisce il titolo, o la occasione procedurale, alla seconda (lite *contenuta*). La maggiore intimità di rapporto che in questa ipotesi si verifica dà motivo ad un più rilevante effetto in ordine alla competenza. Le norme speciali della competenza per connessione o continenza di lite non sono altro, in sostanza, se non che derogazioni od eccezioni alle norme ordinarie. Ora, tali derogazioni riflettono semplicemente la competenza per territorio, che è norma d'interesse privato, nei casi di *connessione;* invece si estendono anche a modificare l'applicazione delle regole comuni della competenza assoluta (per materia o valore) nei casi di *continenza*, od almeno nel maggior numero di essi.

L'art. 98, che si occupa della ipotesi di mera *connessione*, stabilisce appunto una eccezione alle regole della competenza per territorio. Vedremo fra breve eccezioni più ampie stabilite pei casi di continenza di lite.

175. Il codice nostro non ammette che la connessione per identità di titolo o di oggetto dia luogo a norma speciale di competenza, se non quando vi sia diversità *nelle persone dei convenuti*. Veramente se più concreditori vogliono agire contro un comune debitore lo citeranno d'ordinario nel medesimo luogo. Ma non è impossibile che l'un creditore instauri l'azione al foro del domicilio

Digitized by Google

l'altro al foro della stipulazione, il terzo a quello della esecuzione. Non sarebbe stato inopportuno evitare anche siffatto inconveniente, il quale è tanto più facile a verificarsi quando avvenga che i concreditori abbiano azione contro più condebitori.

176. Il primo caso di continenza di lite che dobbiamo esaminare è contemplato nell'articolo 100: esso è quello della chiamata in garantìa. Se il convenuto vuol chiamare in causa un garante che lo rilevi o risarcisca della molestia giudiziaria, la causa principale e quella in garantìa hanno comuni elementi obbiettivi e subbiettivi. Nella garantìa reale, che è la forma più importante dell'istituto, potendo il garante assumere direttamente la lite contro l'attore principale, le due liti finiscono per unificarsi in senso assoluto. Ma il vero fondamento della continenza è nella *identità del titolo;* poichè se non fosse, in tutto od in parte, identico il titolo della obbligazione del convenuto verso l'attore e del garante verso il convenuto, mancherebbe perfino il concetto della chiamata in garantìa. Però è facile intendere come non siavi *necessità assoluta* ma solamente *opportunità* di far giudicare sulle due domande *con una sola sentenza;* laonde la competenza del giudice dell'azione principale sopra quella in garantìa, perdura anche nell'ipotesi che debbano essere istruite separatamente. Di più è inutile dire, per essere questa materia destinata a maggiore sviluppo nel secondo libro.

177. La sola competenza territoriale può ricevere derogazione dalla continenza di lite in questo caso. Qualora la domanda del convenuto contro il garante fosse soggetta per materia o valore a giurisdizione diversa da quella del giudizio principale, si dovrebbe seguire per essa la competenza che le è propria. Tale è la disposizione precisa dell'art. 100. Bisogna però considerare che la possibilità di competenze diverse non si verifica mai nel caso di garantìa reale. Conviene pure soggiungere, che la giurisprudenza ha ritenuto a ragione derogarsi in virtù della continenza di lite, determinata dalla chiamata in garantìa, anche alla competenza degli arbitri, che fosse stata stabilita contrattualmente mediante una clausola compromissoria fra il garantito e il garante. Questa infatti non è competenza d'ordine pubblico, ma d'interesse privato, nè può dirsi determinata dal valore o dalla materia.

Del rispetto alla competenza per grado è superfluo parlare, perchè la chiamata in garantìa non è permessa che in prima istanza.

Dopo l'abolizione dei tribunali di commercio non è seriamente oppugnabile la proponibilità della domanda in garantìa quantunque soggetta, nei rapporti fra garante e garantito, alle discipline della legge commerciale, nello stesso giudizio con la domanda principale

Digitized by Google

quantunque questa nei rapporti fra attore e convenuto, sia soggetta alle norme della legge civile. La eventuale diversità di alcuni termini, o mezzi d'istruzione non è motivo per poter sostenere che il magistrato eserciti sulle due istanze differenti giurisdizioni, così da rendere impossibile la continenza dell'una nell'altra.

178. L'articolo 100, oltre che della chiamata in garantìa, si occupa pure di altri due casi di continenza di lite: cioè, della *compensazione* e della *domanda riconvenzionale*. Tutti tre questi casi si dovrebbero ricondurre sotto lo schema comune dell'istituto della riconvenzione. Se non che, la chiamata in garantìa manca del carattere storico che si suole considerare essenziale alla riconvenzione, non essendovi in essa la *mutua petitio* del convenuto contro l'attore, ma invece una nuova *petitio* contro un terzo originariamente estraneo alla *conventio* dell'attore. È però certo che il diritto giudiziario moderno ha ampliato il concetto generale della *riconvenzione*, benchè abbia poi ristretto, come or ora diremo, la funzione processuale della *domanda riconvenzionale*. Laonde male si giudica l'istituto, nel suo odierno aspetto, col solo sussidio del criterio storico.

178 *bis*. La *domanda* od *azione riconvenzionale* è quella istanza che il convenuto propone contro l'attore, in occasione del giudizio da costui promosso, per ottenere la condanna del medesimo ad una prestazione che il convenuto intende d'esigere a titolo di contropretesa. Originariamente, nel diritto romano, soltanto per tutelare meglio la difesa del convenuto gli fu aperta la via a spiegare simili contropretese (v. n. 21); e certamente la più indiscussa forma di riconvenzione consistette nella compensazione. Più tardi l'istituto subì grandi alterazioni, nel diritto canonico e nel diritto comune. Le lotte fra le varie giurisdizioni contendentisi il primato a scopo politico, allargarono di tanto il concetto della riconvenzione da far ritenere proponibile, con pochissime restrizioni, ogni sorta di pretesa del convenuto contro l'attore nella forma di una istanza riconvenzionale. Per comprendere bene. però, come e quanto le condizioni degli ordinamenti giurisdizionali abbiano determinato le varie vicende di questo istituto, le quali non furono dirette dallo svolgimento razionale e costante di un pensiero scientifico, sarà opportuno rammentare che nei luoghi dove le gare di giurisdizione più presto cessarono e furono organizzati gli uffizi venali ed ereditari della magistratura (in Francia), la riconvenzione fu veduta di mal occhio, e messa al bando dalla procedura civile, come quella che favorendo l'economia dei giudizi era contraria all'interesse personale dei magistrati. Nel diritto moderno, le cause perturbatrici il razionale funzionamento dell'istituto vennero meno; e in pari tempo sparirono gli antichi rigori del formalismo giudiziario romano. Perciò,

Digitized by Google

da un lato la riconvenzione potè essere applicata ad integrare i mezzi di difesa del convenuto: da un altro lato potè eziandio essere ammessa al di là del ristretto confine della semplice difesa, per favorire l'economia dei giudizi e la loro più rapida e razionale decisione. Non solo, pertanto, abbiamo le *eccezioni riconvenzionali*, largamente ammesse dal nostro codice, siccome dimostrammo altrove; — ma abbiamo eziandio le *domande riconvenzionali;* cioè sono ammissibili nel giudizio le contropretese del convenuto, non informate esclusivamente a scopo defensionale. Queste sono proponibili alla rigorosa condizione che l'esame loro nel giudizio iniziato dall'attore presenti ragionevolezza ed opportunità, così da eliminare *a priori* il dubbio che siano state introdotte con proposito di tergiversazione o di indebita dilazione del giudizio stesso. Per stabilire un criterio estrinseco di proponibilità sopra dati generali e sicuri, il legislatore volle che fra la domanda riconvenzionale e quella principale si presentasse intuitivo un vincolo di connessità non solo subbiettiva ma anche obbiettiva; tale, cioè, da determinare la continenza della prima nella seconda. A questo savio concetto si ispira la disposizione dell'art. 100, al terzo comma, che stabilisce la competenza del giudice dell'azione principale anche sopra « *l'azione in riconvenzione dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione* » (1).

179. Meditando su questa formola, chiaro apparisce come l'azione in riconvenzione, secondo il codice nostro non costituisca un mezzo di difesa, ma un contro-attacco della parte convenuta, connesso il più delle volte alla di lei difesa, ma pur da questa caratteristicamente distinto. Due, invero, sono le fonti dell'azione in riconvenzione: 1ª il titolo dedotto in giudizio dall'attore; 2ª il titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione. Dalla prima fonte, cioè dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, il convenuto può ricavare sempre qualunque sorta di eccezione utile alla propria difesa: ma non si potrà dire compresa in questo scopo la proposizione di una domanda riconvenzionale, se sotto il nome di *difesa* noi intendiamo in genere, ma soltanto, i mezzi che servono a far respingere la pretesa dell'attore. Prendiamo ad esame l'esempio tipico della domanda riconvenzionale proveniente dal titolo dell'attore: è la domanda del compratore, il quale, convenuto pel pagamento, riconviene il venditore-attore per la consegna della cosa. Il convenuto, per difendersi, cioè

(1) Analogo sistema ha adottato il legislatore tedesco; e vi si accostò pure l'austriaco (cod. di proc. civile dell'impero germanico del 1877, §§ 251, 253, 467, ecc.; norma di giurisdizione austriaca del 1895, § 96).

Digitized by Google

per far respingere la domanda dell'attore, potrà forse desumere dal di lui titolo, cioè dal contratto di vendita, una eccezione dilatoria, fondata sull'inadempimento della consegna, qualora i patti stipulati glie ne porgano opportunità. Che se, per le clausole del contratto, la mora del venditore non valesse a scusare quella del compratore, nemmeno sarà il caso di parlare di una simile eccezione dilatoria. Ma sia nell'una che nell'altra ipotesi, il convenuto può fondare sul fatto della domanda proposta dell'attore la propria azione in riconvenzione; nel primo caso accompagnandola con la eccezione dilatoria, nel secondo senza tale compagnia. In entrambe le ipotesi, adunque, devesi escludere che l'azione in riconvenzione serva *a difesa* del convenuto; essa serve semplicemente a tutelare un suo diritto, cioè a far valere una sua contropretesa che avrebbe potuto anche essere dedotta in giudizio separato. Questo non può mai verificarsi per una *difesa*, la quale non si concepisce, nè avrebbe efficacia pratica se non dedotta nel giudizio in cui la domanda principale fu proposta. — Dalla seconda fonte, cioè dal titolo *che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione*, dal titolo cioè che il convenuto ha già posto innanzi al magistrato come fondamento e prova *delle proprie difese*, egli non potrà ricavare *come mezzo di difesa* un'azione in riconvenzione, giacchè ciò sarebbe contraddittorio ed inconciliabile con la stessa situazione processuale supposta dal legislatore, nella quale i mezzi di difesa sono dati *come già dedotti*. Facciamo un esempio: Tizio pretendendosi erede legittimo di Caio, cita Sempronio per la restituzione o il rilascio di certi beni ereditari. Sempronio, producendo un testamento del *de cuius* che conferisce a lui solo la qualità di erede fonda su questo titolo la propria difesa, cioè la domanda di assoluzione della pretesa dell'attore. Ma, oltre a ciò, esponendo che l'attore, indebitamente, detiene alcuni altri beni della successione, lo riconviene per la consegna di questi. Si può forse considerare tale riconvenzione come un mezzo di difesa? No certamente: l'azione in riconvenzione, anche in questo caso, ben potrebbe, senza pregiudizio della difesa attuale del convenuto, formare il tema di una istanza separata, di un processo distinto; dunque, non trae ragione dal bisogno della difesa.

Intesa così la natura dell'azione in riconvenzione, il vincolo che la riunisce all'azione principale non può essere ulteriormente ricercato nella ragione della difesa; bensì in quella continenza solidamente stabilita dal duplice legame, obbiettivo (titolo) e subbiettivo (persone), che rende utile ed opportuno l'esame della contropretesa insieme a quello della pretesa, ed elimina il sospetto che la contropretesa sia stata elevata allo scopo di deviare l'attenzione del giudice dalla con-

Digitized by Google

troversia principale, di protrarre illecitamente la decisione di questa, sia pure che con simile scopo si congiunga l'effettivo disegno di tutelare giudiziariamente un proprio diritto; poichè tale disegno ben può essere realizzato per le vie ordinarie dell'azione principale, nè basta da solo a rendere plausibile il congiungimento di due azioni fra loro obbiettivamente separate e indipendenti.

179 *bis.* Il duplice legame accennato fu di tanta importanza agli occhi del legislatore da averlo indotto nel giusto avviso che il rispetto alle norme ordinarie della competenza *per valore* non debba avere forza sufficiente per discioglierlo. Dispone bensì l'art. 100, nella prima parte, che la domanda in riconvenzione, connessa per ragione di titolo alla principale, si propone innanzi al giudice investito di questa, salvo *il caso d'incompetenza per materia o valore.* Ma l'incompetenza *per valore* non ha virtù di far decidere in giudizi separati le due domande, essendovi un mezzo molto semplice per conservare il vantaggio della loro unione, senza infrangere la norma giurisdizionale traente ragione dal valore. Tale incompetenza produce invece l'effetto di trasferire tanto l'azione principale come quella in riconvenzione, sempre fra loro congiunte, dinanzi al giudice che è competente a conoscere della seconda. Ciò fu sancito in modo preciso e tassativo con la disposizione dell'art. 101. Pertanto, se la causa principale fu introdotta innanzi al pretore e quella in riconvenzione appartiene alla competenza del tribunale, dovrà a questo essere rimesso il giudizio cumulativo sopra entrambe. La causa di valore minore rimane assorbita nella sfera di competenza determinata da quella di valore maggiore; il che costituisce un'applicazione specialissima, quasi diremmo, della regola stabilita nell'articolo 73 circa il cumulo obbiettivo di domande aventi titolo comune; oppure una applicazione della regola dell'art. 99 che spiegheremo fra breve (n. 181), in quanto si consideri l'azione di minor valore come accessoria a quella di valore superiore.

Non dichiara il codice quale norma debbasi seguire se avvenga che l'azione in riconvenzione, per essere di valore *inferiore* alla principale, spetti in ragione di esso alla competenza di un giudice diverso da quello adìto dall'attore. Ma, ponendo attenzione alla regola dell'art. 101, e interpretandola coi criteri or ora accennati, non si può mettere in dubbio che nell'esposto caso il giudice dell'azione principale pronunzierà anche sopra quella in riconvenzione. Il che è ammesso senza contrasti in dottrina e nella giurisprudenza.

Il magistrato al quale, nella ipotesi disciplinata dall'articolo 101, devono essere rinviate la domanda principale e la riconvenzionale, è quello *del luogo dove l'attore intraprese il giudizio;* quivi oramai per

Digitized by Google

tacito accordo delle parti, fu operata una valida proroga di competenza territoriale, al fine di far decidere, insieme con l'azione principale, ogni questione alla medesima connessa.

La incompetenza *per materia* non può essere vinta dalla continenza dell'azione riconvenzionale nella principale. Ciò è perfettamente ragionevole, non presentandosi la possibilità di superare l'ostacolo opposto da tale incompetenza con un espediente analogo a quello adottato rispetto alla incompetenza per valore. Dove manca la giurisdizione non vi può essere valida pronunzia, neppure per favorire l'economia dei giudizi, che è soltanto un interesse particolare delle persone litiganti.

Ma a torto oggi si parlerebbe d'incompetenza *per materia* in rapporto ad una azione in riconvenzione che dovesse essere decisa in base alle leggi commerciali mentre l'azione principale è soggetta alle norme delle leggi civili, o viceversa. La giurisdizione sulle materie civili e commerciali è raccolta nei medesimi magistrati; e fa meraviglia che da qualche scrittore, anche meritamente autorevole, si difenda tuttora la tesi della accennata incompetenza per materia. Noi ci riportiamo alle considerazioni già esposte intorno all'effetto dell'abolizione dei tribunali di commercio, aggiungendo una considerazione sola, non priva d'importanza. Dato il duplice vincolo di connessità che la legge richiede fra l'azione principale e la riconvenzionale, e data la disposizione dell'art. 54 del codice di commercio, sarà ben difficile che in pratica si presenti la utilità concreta di una discussione sopra questo punto. Se la domanda riconvenzionale si fonda sul titolo dedotto in giudizio dall'attore, la legge commerciale dovrà necessariamente applicarsi ad entrambe le azioni. Se poi si fonda sul titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione, bisognerebbe dimostrare che sia vietato opporre eccezioni d'indole commerciale ad una domanda di carattere civile, o viceversa, per potere arrivare logicamente alla conclusione che noi combattiamo; e codesta preliminare dimostrazione è davvero impossibile.

180. La *compensazione*, considerata nel rigoroso significato del suo nome, è una mera eccezione riconvenzionale; e forse poteva esserne omessa la speciale menzione nell'art. 100 al n. 2 giacchè in sostanza qui il legislatore non si occupa della compensazione se non quando cessa di essere strettamente tale per mutarsi in una domanda riconvenzionale. Il che avviene: 1° se il credito opposto in compensazione essendo superiore in somma a quello dell'attore, il convenuto domandi il pagamento del di più; 2° se il credito del convenuto non sia o non si riconosca liquido ed esigibile, ma sia invece *contestato;* talchè non si possa invocare la compensazione *legale* dell'arti-

Digitized by Google

colo 1287 codice civile, ma quella che ha nome di *giudiziale*, perchè deve essere preceduta da un giudizio del magistrato sul credito da cui si vuol desumerla.

Le norme dettate sono quasi la ripetizione di quelle che il codice accoglie per riguardo alla domanda riconvenzionale. Fra l'art. 102 che s'occupa del valore della somma opposta in compensazione e l'art. 101 già accennato, vi è questa sola differenza, che dopo avere stabilito che il magistrato il quale riconosce sopraggiunta la sua incompetenza, pel maggior valore della compensazione, deve rimettere il giudizio sulla intiera controversia a quello che ha giurisdizione a ciò, la legge soggiunge che in un caso potrà invece separarsi la domanda principale da quella per compensazione, onde effettuarsi il rinvio della seconda, trattenendo il giudizio sulla prima presso il conciliatore od il pretore adìto. Ciò è permesso nella ipotesi che non sia contestato il credito ch'è oggetto della domanda principale e lo sia invece quello opposto dal convenuto. La certezza dell'uno, l'incertezza dell'altro, sono invero circostanze abbastanza gravi per persuadere che il diritto dell'attore non debba patire ritardo al suo riconoscimento per una pretensione forse infondata del convenuto. Ma all'uopo occorre una *effettiva certezza*. Quindi il capoverso dell'art. 102 esige che il credito dell'attore sia fondato sulle prove più squisite, quali sono un atto pubblico, o giudiziale, una scrittura privata riconosciuta, la confessione del debitore. Ed anche il grado d'incertezza del credito opposto dal convenuto non dev'essere minimo affatto; e perciò della opportunità di staccare le due decisioni è lasciata arbitra la prudenza del magistrato.

Il legislatore non aveva bisogno di dire che il giudice investito di una causa è competente a conoscere delle *eccezioni* di compensazione le quali sarebbero di valore *inferiore* alla competenza sua, se proposte in via d'azione. Poichè ciò è già stabilito dai principii generali del diritto giudiziario civile. Negare la facoltà al convenuto di difendersi *parzialmente* contro la domanda dell'attore, sarebbe schietta ingiustizia.

È quasi superfluo accennare che un credito commerciale può essere opposto in compensazione ad uno civile, e viceversa, in conformità ai principii che svolgemmo più sopra a questo proposito.

Non isfugga allo studioso che le domande in riconvenzione e quelle per compensazione derivano il loro carattere e la loro connessione al giudizio principale dal fatto di essere proposte *in quel medesimo giudizio*. Altrimenti non sono più nè riconvenzioni nè compensazioni, ma istanze ordinarie pure e semplici. La competenza per connessione di causa impera adunque sulle medesime solo quando vi abbia la unità del contraddittorio.

Digitized by Google

181. Ancora un titolo di continenza è designato dal legislatore nel fatto che una domanda sia *accessoria* ad altra. Non sono definite dalla legge le azioni accessorie, ed è gran male, per le incertezze che noteremo appresso. L'art. 99 si limita a dichiarare: « L'azione accessoria è proposta davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale ». Che vi sia continenza non si può dubitare: concorre l'identità delle persone con quella del titolo, non sapendo noi escogitare altra specie di azioni *accessorie* se non quelle che *fra le medesime persone* sono una conseguenza od emanazione secondaria dello stesso titolo da cui scaturisce l'azione principale. Tal continenza dà plausibilissimo motivo di assoggettarle alle speciali regole di competenza che ora esaminiamo. Il giudice che conosce di una turbativa di possesso è il meglio indicato per conoscere dei danni da essa derivati, quantunque per l'azione possessoria la legge destini il *forum rei sitae* e per quella personale di danni sarebbe a seguire il *forum domicilii* del convenuto; e così via.

Ma se ciò non ha bisogno di illustrazioni, due gravi problemi sono lasciati insoluti dal soverchio laconismo del codice (1).

In primo luogo: l'azione accessoria apparterrà alla competenza stabilita nell'art. 99 anche se risultino così violate le regole della competenza assoluta?

Parecchi autorevoli proceduristi rispondono affermativamente senza restrizione alcuna. Quindi ammettono che il pretore (a cagion d'esempio) nel decidere su una domanda di reintegrazione, di manutenzione in possesso, ecc., possa pronunziare insieme la condanna del soccombente all'indennizzo *per qualunque somma*, eccedesse pur cento volte il limite ordinario delle millecinquecento lire. Sono assai gravi e concludenti le ragioni che s'adducono e noi non intendiamo combattere questo insegnamento a cui presta un certo suffragio la sconfinata ampiezza delle espressioni della legge, non meno che il raffronto di alcune disposizioni particolari che in essa s'incontrano (p. es. quella del capoverso dell'art. 938). Ma se pure la conclusione è da appoggiarsi, non è meno doveroso segnalare la lacuna, o meglio la oscurità del testo.

In secondo luogo: esaurito il giudizio sull'azione principale, sopravvive la competenza del magistrato per quella accessoria, che si proponesse più tardi?

---

(1) Avvertiamo che la giurisprudenza e la dottrina sono più *incerte* che *divise*. La soluzione da noi proposta per la seconda questione non gode il favore della maggioranza; ma la soluzione contraria è fondata su argomentazioni che variano da scrittore a scrittore, da sentenza a sentenza, e tutte ugualmente discutibili.

Digitized by Google

Non crediamo che in tesi generale lo si debba ammettere. L'azione è *accessoria* se procede congiunta in giudizio colla principale. Se questa è già decisa, la cosidetta azione accessoria dà vita ad un giudizio autonomo, che ha eventualità sue proprie, elementi di discussione particolari, che riveste insomma tutti i requisiti di un'azione principale, non scemati per nulla dalla circostanza che essa debba ricercare il proprio titolo od elemento giustificativo nella decisione già data da un giudice *su altra controversia*.

182. Egli è certo però che questa soluzione non va accolta nel caso contemplato e regolato dall'art. 103 il quale prescrive che le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorari ai procuratori (degli *avvocati* non si fa parola), ai periti, di diritti per cancellieri, agli uscieri, di salari o mercedi ai tipografi, e simili, sono di competenza dell'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che dà occasione a siffatte domande, salvo, pel caso di giudizio di cassazione, il disposto dell'art. 571. In questo testo ben è facile ravvisare come siano obliterate tutte le ordinarie regole della competenza per materia, per valore e per grado; il legislatore tutto sacrificò alla considerazione che il giudice il quale ha decisa la lite principale è il meglio atto ad apprezzare le domande accennate. Forse era più equo lasciare agli attori la *facoltà* di seguire questa competenza, invece di renderla per loro *obbligatoria*.

183. Quando le regole della competenza per connessione o continenza di lite sieno violate col proporre la causa connessa avanti un giudice diverso da quello investito della principale, le parti interessate hanno il diritto di opporre la eccezione d'incompetenza di codesto giudice e di chiedere che egli rimetta il giudizio a quello che possiede la competenza in virtù della connessione (art. 104). Nella gara fra le due competenze, la *prevenzione* è determinata dalla citazione, come si disse al n. 170; meno però nel caso che si tratti di congiungere l'azione accessoria alla principale, poichè allora il criterio della *data* d'iniziamento del giudizio non può bastare. La dichiarazione dell'art. 188 circa il tempo e il modo in cui proporre l'eccezione d'incompetenza riguarda anche questo caso. Laonde dovremo ripetere, come al n. 171, che il giudice non può rilevare l'eccezione d'uffizio, ma le parti possono proporla *in qualunque stato e grado di causa*. Qui per gli interpreti si fa ancora più difficile accettare la disposizione nel suo letterale tenore e con ogni vigore vorrebbero dimostrare che non possa la detta eccezione venire elevata per la prima volta in sede di cassazione. Effettivamente il legislatore ha esagerato, rendendo possibile ciò, mentre *neppure la eccezione di regiudicata* può esser dedotta in cassazione per la prima volta. Noi

Digitized by Google

possiamo censurarlo; ma non possiamo mettere in forse il senso della sua volontà, una volta che le parole usate nell'art. 188 sono *perfettamente uguali* a quelle che si leggono nell'art. 187 a proposito della incompetenza assoluta. Soltanto noteremo anche qui, che sebbene astrattamente non possa essere negata la proponibilità della eccezione nel giudizio di cassazione, tuttavia in pratica sarà ben difficile poterla proporre, esigendo per lo più l'esame di essa una indagine di fatto che la corte suprema non può compiere.

Oltre il larghissimo uso della eccezione d'incompetenza, il legislatore ha apprestata per questa materia una garanzia d'altra forma, nell'istanza per regolamento di competenza di cui ci occupiamo nel capo ottavo.

CAPO VII.

Competenza delle autorità giudiziarie italiane sopra gli stranieri.

184. Era segno di tempi incivili la prevalenza del principio che contro lo straniero potesse sempre ottenersi giudizio dal magistrato nazionale, secondo le leggi del paese, a tutela del diritto o meglio ad esclusivo tornaconto del cittadino che con lui aveva avuto in qualunque luogo e per qualsivoglia cagione, rapporti giuridici. Giusta e grave censura meritò il codice Napoleone per aver consecrata questa regola (art. 14), quali che sieno stati gli intendimenti di chi la dettava (1).

Il codice civile italiano, ispirandosi al moderno principio della *comunione di diritto* fra le nazioni civili, ha riconosciuto che le leggi stra-

(1) A sua volta il codice di procedura francese (art. 166 e 167) accolse una regola che il progresso del diritto delle genti ha poi riprovata, prescrivendo che lo straniero il quale si renda attore ed intervenga in un giudizio civile debba fornire cauzione per le spese e i danni a cui potesse essere condannato (*cautio iudicatum solvi*). Il legislatore italiano, con civile sapienza, abbandonò del tutto questo sistema, ed il governo nostro ottenne, per virtù di trattative diplomatiche, da molti stati esteri, disposizioni pareggiatrici il trattamento degli italiani coi cittadini di quegli stati dinanzi le rispettive autorità giudiziarie. Il sistema del codice francese fu imitato anche in questa parte da altre fra le legislazioni che lo presero a modello. Sono visibili però, nelle legislazioni più recenti i segni di decadimento dell'istituto della *cautio iudicatum solvi*. Il codice dell'impero germanico la esclude quando lo straniero appartiene a uno stato che non assoggetta i cittadini tedeschi alla cauzione; la esclude pure in altri casi. Il legislatore spagnuolo la conserva solo come una specie di rappresaglia verso i sudditi di quegli stati che la impongono agli spagnuoli. La legge di procedura civile austriaca ha disposizioni simili a quelle del codice germanico.

Digitized by Google

niere hanno una sfera di efficienza la quale dev'essere rispettata dal giudice nazionale, ed anzi con encomiato liberalismo ha fatto obbligo della loro applicazione da parte dei nostri stessi tribunali in più casi (art. 6 a 9 delle disposizioni preliminari al codice civile). In coerenza doveva essere reso omaggio all'altro principio scientifico che non riconosce operativa la giurisdizione dell'autorità giudiziaria di uno stato se non nei confini del territorio di questo. Laonde lo straniero non è lecitamente convenuto davanti ai tribunali nazionali se non quando le circostanze e condizioni obbiettive o subbiettive dell'azione dimostrino rimanere rispettato ed integro il principio della *territorialità* della giurisdizione di cui viene provocato l'esercizio. Il che ritiensi avvenire, quando: 1° lo straniero siasi volontariamente assoggettato alla giurisdizione del magistrato italiano (ragione giuridica); 2° il fatto o l'oggetto che dà luogo alla controversia sia soggetto alla medesima (ragione politica); 3° sia necessario autorizzarne l'esercizio a tutela dei nazionali, per ragioni d'ordine misto (politico-giuridico).

Al codice di procedura spettava di specificare codesti casi, ossia le regole della *giurisdizione* del magistrato italiano sugli stranieri; di più esso doveva stabilire quale giudice sia *competente* per ragione di territorio, nel caso che lo straniero non abbia domicilio o residenza nello stato. Le due materie, sotto l'unica e consueta designazione di *competenza*, sono trattate negli art. 105, 106 e 107.

Dello straniero si parla qui solamente come *convenuto*. L'art. 3 del codice civile avendo parificati gli stranieri ai cittadini nell'esercizio dei diritti civili, possono essi d'ordinario rendersi attori innanzi le nostre autorità giudiziarie, sia contro cittadini che contro stranieri. Al diritto internazionale privato appartiene la determinazione dei limiti che deve ricevere eccezionalmente codesta facoltà.

185. Primo e prevalente ad ogni altro criterio, per stabilire la competenza dei magistrati nazionali contro uno straniero, è la *volontà* da costui manifestata di assoggettarsi alla loro giurisdizione. Sarebbe violare l'art. 3 del codice civile, ricusare in questo caso i responsi della giustizia sulla proposta controversia. L'accettazione dello straniero convenuto può manifestarsi in modo espresso o tacito, quando compare e si difende nel giudizio contro lui iniziato. Può risultare anche preventivamente da speciale convenzione, ovvero dalla elezione di domicilio. Ed in veruna di queste ipotesi è necessaria la *presenza personale* dello straniero sul territorio italiano, per dar titolo alla giurisdizione dei nostri tribunali. Può inoltre essere la conseguenza logica di un fatto volontario dello straniero che non sia compatibile coll'intendimento suo di sottrarsi alla giustizia nazionale: e questo è la residenza stabilita nello stato (art. 106 n. 1). Il

Digitized by Google

nome di *residenza* comprende qui anche l'ipotesi del *domicilio*, giacchè senza residenza, lo straniero non può acquistare il domicilio, sebbene la residenza non glie lo faccia acquistare senza il concorso d'apposito atto di volontà (art. 8 cod. civ.). Quando lo straniero abbia residenza nello stato, è sempre soggetto ai tribunali italiani, anche se nel momento in cui s'inizia la lite egli si trovi all'estero; e naturalmente per la competenza territoriale si seguirà il suo foro personale (articolo 107).

È permesso eziandio di convenire avanti i nostri tribunali lo straniero che si trovi in Italia e possa esservi citato *in persona propria* se anche non abbia tra noi residenza (art. 106 n. 2). La *volontà* che è attestata dal fatto della *dimora*, non è certo quella di subordinarsi spontaneamente alle autorità territoriali, ma qui prevale il criterio misto (giuridico-politico) di agevolare ai cittadini nelle loro relazioni cogli stranieri efficacia e sollecitudine di difesa. In questo caso il giudizio si instaura davanti ai giudice del luogo della dimora.

186. Fuori dalle ipotesi preaccennate, nelle quali la ragione per cui la giustizia italiana si esercita sopra lo straniero è, rispetto a lui, affatto *subbiettiva*, trovansi additate nell'art. 105 altre tre ipotesi fondate sopra una ragione del tutto *obbiettiva*. Esse sono:

1° il trattarsi di azioni su beni mobili o immobili esistenti in Italia;

2° l'essere qui stata contratta o il doversi qui eseguire la obbligazione;

3° la reciprocanza internazionale.

Le brevi osservazioni che seguono esaminano codesti casi esclusivamente dal punto di vista della procedura civile.

Non si dubita dell'esattezza del principio che ogni cosa, mobile od immobile, situata nel territorio nazionale è sottoposta alla giurisdizione dei nostri magistrati, salvo di applicare la legge nazionale o la straniera, quanto al diritto sostanziale, secondo le distinzioni fissate nell'articolo 7 delle *disposizioni preliminari al codice civile.* Quando la cosa è nello stato, la sentenza relativa alla medesima è destinata ad avere quivi esecuzione; questo è il principale fondamento della giurisdizione; ammettiamo però che una sottile indagine possa metter capo inoltre a riconoscere anche in questo caso la volontaria accettazione dell'autorità dei nostri tribunali, nel fatto di chi ha consentito a relazioni giuridiche sopra cose esistenti nello stato.

Notiamo attentamente il linguaggio della legge: essa parla di *azioni su beni immobili* o *beni mobili*. Non distingue tra le azioni *reali* e le azioni *personali* (*ad rem*). La distinzione, in altri luoghi del codice, si trova fatta con cura e precisione (art. 70, 79, 93; v. nn. 115, 133

Digitized by Google

e 156); se il legislatore avesse voluto *escludere* le azioni che *senza essere reali* hanno per oggetto un immobile od una cosa mobile (personali *ad rem*), invece della espressione surriferita avrebbe certamente anche qui usata l'altra più breve e chiara: *azioni reali*. Il linguaggio del testo ci indica adunque senza equivoci non essere necessario che le azioni *sui beni immobili* o *mobili*, sieno azioni *reali*, perchè si verifichi la competenza del magistrato italiano.

187. Il n. 2 dell'articolo 105 dà per ulteriori e distinte ragioni della competenza giurisdizionale italiana l'essere in Italia avvenuto il contratto od il fatto che dà origine all'obbligazione, ovvero l'essere la medesima qui eseguibile. Non trattandosi di stabilire un titolo di semplice *competenza territoriale*, come nell'articolo 91, ma un titolo di *giurisdizione*, deve farsi indagine più severa circa l'attitudine all'uopo delle cause ora menzionate. Nulla evvi da obbiettare, per quel che concerne le obbligazioni *eseguibili* nello stato. Il diritto si dovrebbe esercitare qui, ed è logico che qui si eserciti l'azione; la volontà dei contraenti, quando determinarono il luogo della esecuzione, ha senza dubbio posto suggello all'accettazione della competenza giudiziaria. Ma non è lo stesso quanto *al luogo della stipulazione*. Se una obbligazione si è contratta nello stato fra un italiano ed uno straniero anche non residente, o fra due stranieri entrambi residenti in Italia, o dei quali almeno uno vi risieda, il titolo della giurisdizione riesce facilmente dimostrato, nella tacita accettazione di essa che desumesi dalla scelta del luogo del contratto. Ma suppongasi che due stranieri, non residenti durante una momentanea dimora in Italia abbiano qui fra loro stipulato un contratto che dovrà essere eseguito nella patria d'uno di loro od altrove. Vi è davvero un sufficiente titolo in simile fatto per conferir giurisdizione ai nostri tribunali? Ne dubitiamo fortemente: e qualora ritengasi tale giurisdizione stabilita dal n. 2 dell'articolo 105, non potremmo a meno di esprimere una opinione contraria al concetto cui si informa quella parte del testo in esame.

Poichè l'art. 105 n. 2 contempla le obbligazioni derivate *da contratti o fatti*, è agevole comprendere che esso si applica ad ogni sorta di obbligazioni, anche se abbiano causa in quasi-contratti, delitti o quasi-delitti.

188. Per quanto il diritto basato sulla reciprocità sia considerato in generale un avanzo di barbarie, esso costituisce ancora, nei rapporti internazionali, una necessità, e spesso procura un mezzo di legittima difesa. Per queste ragioni lo vediamo mantenuto universalmente. Il senso del n. 3 dell'art. 105 è da intendersi così: ogni volta che i tribunali di uno stato, in conformità alle sue leggi o consuetu-

Digitized by Google

dini, estendono la propria giurisdizione a favore dei nazionali rispettivi e a carico dei nostri cittadini al di là della sfera in cui ai tribunali nostri è attribuita dal codice a favore degli italiani ed a carico degli stranieri in generale, possono in via d'eccezione essere adottati i medesimi limiti anche per la giurisdizione dei tribunali nostri contro i cittadini di quello stato. Le applicazioni ricadono nell'analisi dei casi particolari.

189. Il foro competente per territorio, quando si citano stranieri non residenti e neppur dimoranti nel regno, è quello del *domicilio dell'attore* salvo che siavi un luogo stabilito per *l'esecuzione del contratto*, o che lo straniero abbia eletto domicilio speciale in un comune italiano, nei quali due casi ultimi la legge considera costituito una specie di foro personale del convenuto e al medesimo accorda quindi preferenza (art. 107). Si eccettuano pure in ogni caso le azioni *reali* su beni *immobili*, per le quali è competente sempre il *forum rei sitae:* di esse non parla l'articolo 107; è chiaro in conseguenza che vi si applica la regola dell'articolo 93.

Naturalmente, la regola del domicilio dell'attore non potrebbe essere osservata quando si trattasse di lite fra stranieri, e l'attore non avesse residenza nè dimora in Italia. In tale ipotesi, il *forum rei sitae* può servire per determinare la competenza, anche rispetto alle azioni reali mobiliari, qualora manchi un foro *destinatae solutionis*, e manchi pure quello del domicilio elettivo.

CAPO VIII.

Regolamento di competenza. — Conflitti di giurisdizione e conflitti d'attribuzioni.

Sezione I. — *Regolamento di competenza e conflitti di giurisdizione.*

190. Una lite stessa può essere contemporaneamente proposta innanzi il medesimo giudice due volte, ovvero innanzi due autorità giudiziarie distinte. Due cause connesse possono essere separatamente iniziate davanti a un solo giudice o a due magistrati diversi.

Quando sia stato adìto un solo magistrato e si tratti della medesima causa, non vi può essere difficoltà; contro la seconda domanda il convenuto opporrà l'eccezione di litispendenza; e, per semplificare la contesa, potranno le parti chiedere inoltre che sopra le due domande, previa la loro unione, venga proferita una sola sentenza; anzi il giudice potrà ordinare l'unione anche d'uffizio. In tal modo il pericolo di una oziosa e dannosa duplicità di decisioni è completamente scongiurato.

Digitized by Google

Quando si tratti di cause *connesse* pure pendenti innanzi al medesimo giudice, egli ne ordinerà del pari l'unione, o d'uffizio, o sovra istanza delle parti, per deciderle con una sola sentenza, dove ciò si presenti giovevole e fattibile. Se vi ha qualche dubbio d'indole pratica circa il meccanismo processuale della unione di due liti, che la legge imperfettamente disciplina, non v'è nulla di incerto od oscuro nei principii scientifici e nei criteri fondamentali direttivi.

191. Meno semplice è la situazione quando la stessa lite o le liti connesse sieno proposte davanti a magistrati diversi. L'art. 104 in corrispondenza coll'articolo 188 mette largamente a disposizione del convenuto l'eccezione d'incompetenza, per valersene rispetto alla lite più tardi iniziata. Ma anzitutto bisogna stabilire per quale delle due liti stia la *prevenzione;* e questa indagine, apparentemente semplicissima, può in pratica complicarsi. Poi occorre di giudicare se fra le due liti siavi realmente l'*identità* o la *connessità* su cui l'eccepita incompetenza dovrebbe fondarsi: altra miniera di dispute e di possibili tergiversazioni. Arroge che talvolta il magistrato riscontrando il titolo per la propria normale competenza, può essere condotto a disconoscere il titolo eccezionale della incompetenza, vuoi da inesatto apprezzamento delle circostanze, vuoi da una cotale, anche inconscia, gelosia della propria autorità; laonde, innanzi a un dubbio che sorga nella sua mente, sarà più presto tratto a ritenere che a declinare la cognizione della lite. Tutto sommato, parve al legislatore che l'uso della eccezione accordata dall'art. 104, potesse meritare il rinforzo di un altro rimedio più pronto e decisivo. Quella eccezione infatti per essere giudicata definitivamente ha mestieri che in prima la esamini e decida il magistrato di prima istanza; è poi aperto l'adito alle appellazioni, non meno che agli ulteriori rimedi, il che esige tempo e dispendio. Il *regolamento di competenza* (ch'è appunto l'altro rimedio escogitato dal legislatore) deferisce invece all'autorità superiore, *omisso medio*, la deliberazione sulla competenza, e supera per tal modo i notati inconvenienti.

Le parti non sono obbligate a seguire questa via più spiccia. Se le circostanze della lite le persuadono di trovarsi meglio guarentite dal sistema ordinario di discussione, o anche (come può talvolta essere) lo ritengono più pronto ed economico, sono liberissime di valersene. A ogni modo, il legislatore ebbe cura di lasciare per lungo tratto la possibilità di ricorrere all'istanza per regolamento di competenza, a chi si penta di non averla prima preferita.

192. L'istanza per regolamento di competenza investe tutte due le liti uguali o connesse. Entrambe sono sottoposte al magistrato superiore, affinchè egli perscruti tutte le questioni necessarie

Digitized by Google

a risolvere, cioè quelle sulla prevenzione, sulla identità, sulla connessità, e decida quale dei giudici sia competente.

Allo scopo di evitare inutili complicazioni, l'autorità che deve pronunziare sulla competenza ha facoltà di sospendere entrambe le liti sino al regolamento (capov. primo dell'art. 111) e la sospensione impedisce la decorrenza di qualunque termine di procedura (capoverso secondo, art. cit.). La sospensione non potrebbe essere ordinata per una sola lite, poichè da ciò potrebbero nascere ingiustizie e danni. Nè essa è obbligatoria, giacchè le circostanze possono talvolta consigliare che sia lasciato alla prudenza delle parti l'eseguirla volontariamente o provvedere in altra guisa.

Ma qual'è l'autorità *superiore* che deve regolare la competenza? Per quanto ora abbiam detto, la superiorità sua deve sussistere ugualmente rispetto alle due cause, cioè alle due autorità di queste investite. Laonde la legge (art. 108) indica genericamente che la domanda devesi proporre all'autorità giudiziaria *immediatamente superiore da cui entrambi i magistrati adìti dipendono.*

Pertanto, se le liti pendono avanti due conciliatori dello stesso mandamento, giudicherà il pretore; se innanzi a due conciliatori di mandamenti diversi ma dello stesso circondario, giudicherà il tribunale; se innanzi a due conciliatori di circondari diversi nel distretto della stessa corte d'appello, giudicherà la corte; se i conciliatori appartengono a distretti diversi di corti d'appello, giudicherà la corte di cassazione; se poi appartengono a separate giurisdizioni di corti di cassazione, pronunzierà quella di Roma, per la speciale competenza deferitale dall'art. 3 n. 1 della legge 12 dicembre 1875.

Se una delle cause pende davanti ad un conciliatore e l'altra davanti ad un pretore *del medesimo circondario*, pronunzierà il tribunale; e così via, essendo inutile moltiplicare gli esempi. Questi che abbiamo accennati servono a dimostrare come la stessa questione ora vada attribuita al giudizio delle infime magistrature ed ora a quello delle supreme, senza che vi siano tra i diversi casi sostanziali differenze. Aggiungasi che allorquando s'abbia da adire la corte di cassazione per un regolamento di competenza di conciliatori o di pretori, sarà ben raro il caso che le parti vi trovino il tornaconto. Insomma, per avviso nostro, la materia era da disciplinare con maggiore spirito pratico (1).

193. La legge non dice quale delle parti possa presentare la istanza per regolamento della competenza. Ed è da reputare che

(1) Uguale sistema fu adottato nella recente norma di giurisdizione civile austriaca, la quale però non ammette nessun reclamo contro la deliberazione del giudizio superiore che regola la competenza, e limita l'uso di questa procedura ai casi di conflitti positivi o negativi (§ 47).

Digitized by Google

qualunque dei litiganti vi sia autorizzato e che possano anche tutti inoltrarla consensualmente.

Tale domanda deve essere proposta con *ricorso* (art. 110); fedele in questa parte ai suoi divisamenti, la legge intende che siano evitate le solennità della contestazione giudiziale; ma ciò non vuol dire che si abbiano da trascurare le forme necessarie alla giustizia. Ond'è che gli atti delle cause e i documenti che il ricorrente presenta, devono essere depositati in cancelleria allo scopo che le altre parti ne ricevano comunicazione (art. cit.). Inoltre il ricorso deve essere notificato alle altre parti le quali potranno presentare controricorso (art. 111). Intorno a queste formalità la legge però dispone: che l'autorità giudiziaria prima di ammettere il ricorso alla notificazione deve esaminare la domanda, ordinandone la notificazione *solo quando la reputi fondata;* se fosse *evidente* la mancanza di titoli per un regolamento di competenza, il ricorso sarà respinto senza uopo di sentire gli altri contendenti. La notificazione del ricorso e la presentazione del controricorso devono essere eseguite nei termini che fissa la medesima autorità giudiziaria (art. cit.); e se il ricorrente indugia la notificazione oltre il tempo assegnato, *decade di diritto dalla istanza per regolamento di competenza* (art. 112), il che significa doversi far decidere la controversia mediante il procedimento ordinario. Questa disposizione è ingiusta, perchè il ritardo con tale sanzione punito non elimina il bisogno di una decisione sulla competenza, tanto più per essere ormai stato riconosciuto dall'autorità superiore che la domanda è *fondata*. Notisi però che, malgrado la comminata decadenza, non potrebbe essere vietato ad una delle altre parti contendenti di proporre a sua volta una nuova istanza di regolamento la quale dovrebbe ricevere il suo normale svolgimento.

Il controricorso non può essere presentato neppur esso fuori del termine all'uopo concesso; trascorso il quale, senz'altri atti nè altre attese, l'autorità regolatrice pronunzia la sua deliberazione (articoli 113 e 114).

194. Il regolamento di competenza deve essere pronunziato con una *sentenza;* esso è giudizio definitivo sulla questione incidentale, dato nel *contraddittorio* delle parti, relativamente ad una loro *controversia*. È poi sempre un giudizio proferito *in grado d'appello*, quando non sia devoluto immediatamente alla corte di cassazione. Quindi, all'infuori di questo caso, è ammesso il ricorso in cassazione.

A convalidare la dimostrazione che per decidere sulla domanda di regolamento fa mestieri d'una *sentenza*, si osservi che l'art. 114, nel capoverso, dispone: « quando la domanda sia rigettata, la parte

Digitized by Google

ricorrente può essere *condannata* al risarcimento dei danni verso le altre parti ».

195. Sino a quale momento sia proponibile l'istanza per regolamento di competenza, lo dichiara l'art. 109. Esso ammette anzitutto la facoltà di proporre preventivamente nelle forme ordinarie la *declinatoria del foro* per litispendenza (1). Infatti potrebbero le parti cader d'accordo nel riconoscere *fondata* l'eccezione ed allora il regolamento avrebbe luogo in forma consensuale. Ed anche dopo che sulla eccezione siasi impegnato il contraddittorio, è permessa l'istanza per regolamento, salvo naturalmente il caso che la eccezione di declinatoria sia ormai stata accolta con sentenza divenuta *irrevocabile*. Quindi non a ostacolo una sentenza di rigetto in primo grado, ancora suscettibile d'appellazione; nè fa ostacolo una sentenza d'appello che si possa tuttavia impugnare in cassazione. Nemmeno c'è distinzione fra il caso in cui la sentenza rigettando la declinatoria abbia pur decisa la lite in merito. e quello in cui soltanto abbia pronunziato sopra l'incidente. Tuttavia la legge preclude l'adito al regolamento di competenza, quando la sentenza di rigetto della declinatoria in grado di appello sia stata proferita dall'autorità medesima alla quale dovrebbe essere diretta l'istanza per il regolamento (abbia o non abbia la detta autorità deciso con la medesima sentenza anche il merito), riuscendo allora inutile ed irragionevole il provocarla a ripetere la sua pronunzia. Bensì potrà contro questa sentenza d'appello interporsi il ricorso in cassazione.

196. Insino a qui abbiamo considerato il regolamento di competenza come destinato a *prevenire* un conflitto di giurisdizione, vale a dire una contemporanea dichiarazione di competenza o d'incompetenza da parte di due autorità giudiziarie sulla medesima lite o sopra liti connesse. Importava però che il legislatore prevedesse anche il conflitto di giurisdizione *reale*, e cioè il caso in cui due o più autorità giudiziarie abbiano simultaneamente o successivamente dichiarata del pari la loro competenza su una lite, o peggio ancora abbiano dichiarata la rispettiva incompetenza. Il caso può verificarsi tanto rispetto alla competenza assoluta come a quella relativa, e se non avesse una soluzione certa e razionale sarebbe un male gravissimo.

Fu quindi, con tutta opportunità, stabilito nell'art. 115 doversi applicare ai conflitti di giurisdizione, positivi o negativi (2), il rimedio

(1) Il nome di *litispendenza* è usato qui impropriamente per indicare tanto la *litispendenza* che la *connessione*. Tutto il testo dell'art. 109 lascia molto a desiderare quanto alla chiarezza.

(2) Chiamasi *conflitto di giurisdizione* la dichiarazione fatta da due o più autorità giudiziarie, in sensi contraddittorii od incompatibili, circa la

Digitized by Google

del regolamento della competenza, con l'osservanza di tutte le discipline esposte qui dianzi. È manifesto che la comminatoria di decadenza contenuta nell'art. 112 diventa ancor più criticabile rispetto al caso di conflitto reale, in cui essa può recare come immediata conseguenza un vero e proprio diniego di giustizia, ponendo le parti nella condizione di non avere un giudice che decida la loro controversia, o di averne troppi.

197. Il caso di un conflitto negativo di giurisdizione sopra due istanze identiche non entra solo nel quadro delle controversie relative alla litispendenza, ma forma anche il tema di una ipotesi tutta speciale. Due autorità si sono successivamente dichiarate incompetenti a decidere una lite, per la quale, una dopo l'altra, e la seconda dietro la pronunziata incompetenza della prima, erano state adìte. Il regolamento di competenza potrà essere certamente domandato anche in questo caso. Ma la prima sentenza può avere acquistata autorità di cosa giudicata prima della pronunzia della seconda. Anzi, è spesso inevitabile che ciò avvenga prima ancora dell'istituzione del secondo giudizio del quale altrimenti sarebbe impedito l'ingresso dalla eccezione di litispendenza. Indi il risultato che nelle accennate circostanze la pronunzia dell'autorità superiore, regolatrice della competenza, possa avere virtù di modificare gli effetti d'una regiudicata. È questo un inconveniente, di fronte al quale meriterebbe di essere ponderato se non sia preferibile la regola stabilita dal § 11 del codice di proc. germanico, che dichiara avere forza obbligatoria, per il tribunale che successivamente viene investito della controversia, la sentenza passata in giudicato, con cui un tribunale, adìto avanti, riconobbe la propria incompetenza.

197 *bis.* Tutti i mezzi stabiliti per guarentire il rispetto delle competenze, e cioè le eccezioni delle parti, la facoltà dei giudici di sentenziare d'uffizio l'incompetenza, l'invalidità delle proroghe di giurisdizione e delle delegazioni, il regolamento di competenza e la risoluzione dei conflitti, concernono il *riparto della giurisdizione civile* fra le singole autorità giudiziarie, e valgono a salvaguardare la *misura* della medesima a ciascuna assegnata. Ma può cadere controversia sulla *giurisdizione in senso assoluto*, cioè sulla potestà in genere, di decidere una contesa. Tale controversia può sorgere e presentarsi sotto tre distinti aspetti:

1° in materia appartenente all'ordine giuridico privato il con-

---

questione di competenza. È *positivo*, quando sulla stessa causa due o più autorità giudiziarie si pretendano del pari competenti. È *negativo*, se tutte dichiarino la propria incompetenza.

Digitized by Google

venuto può eccepire che la pretesa dell'attore non contiene l'enunciazione di un diritto subbiettivo, e che perciò non deve essere invocato sopra di essa alcun provvedimento dell'autorità giudiziaria; può ancora eccepire che al diritto subbiettivo enunciato nella pretesa dell'attore non corrisponde un'azione esperibile in giudizio; può, infine, eccepire che la domanda dell'attore tende a provocare un illegittimo esercizio di funzione giurisdizionale, relativamente a materia sulla quale non è ulteriormente permesso l'esercizio della medesima, per essersi essa già esaurita con atti anteriori, nei limiti stabiliti dalla legge alla sua attività;

2° in materia appartenente all'ordine giuridico privato od al pubblico, può il convenuto eccepire che il diritto enunciato nella pretesa dell'attore non dà luogo a esercizio della funzione giurisdizionale spettante alle autorità dell'ordine giudiziario (giurisdizione ordinaria) ma bensì a quello della medesima funzione dalle leggi riserbata ad una autorità dell'ordine amministrativo (giurisdizione speciale);

3° in materia appartenente all'ordine giuridico pubblico, il convenuto può eccepire che la pretesa dell'attore non contiene materia di diritto civile nè di diritto politico, ma che l'oggetto della medesima è un semplice *interesse* non fornito di tutela legale, che deve, per la natura sua essere sottoposto all'esame di un organo dell'amministrazione attiva, affinchè questo, nell'esercizio delle proprie funzioni governative, vi provveda con le facoltà più o meno largamente discrezionali che gli spettano.

In tutte le accennate ipotesi, la eccezione del convenuto esprime il concetto che la podestà giurisdizionale attribuita dalle leggi vigenti alle autorità giudiziarie non può essere esercitata sopra la domanda dell'attore. Ognuno comprende però come le tre situazioni siano fra di loro molto diverse. E anzitutto, fra la prima e le altre due passa questa essenziale differenza: che nella seconda e nella terza, alla negazione della podestà del giudice ordinario si accompagna l'affermazione della podestà di altro giudice o di altra pubblica autorità; mentre nel primo caso la negazione della podestà giurisdizionale include l'affermazione che, se una pubblica autorità potesse occuparsi dell'affare, esso sarebbe di competenza dell'autorità giudiziaria.

197 *ter*. Questo primo caso, adunque, è il più semplice di tutti. La controversia che in esso viene elevata, è, a non dubitarne, di esclusivo attributo della magistratura ordinaria, la quale pronunziando in un senso o in un altro, potrà fare migliore o peggiore governo delle disposizioni di legge, ma non corre mai il rischio di usurpare il terreno attribuito al dominio e all'azione di un altro organo

Digitized by Google

del pubblico potere. Abbiamo configurato tre aspetti diversi corrispondenti alla varietà delle circostanze in cui la controversia può presentarsi:

a) *inesistenza di diritto subbiettivo;* quando alla facoltà che una persona vivente nel consorzio civile pretende esercitare in confronto di altra persona non si accompagna la guarentigia di *esigibilità* imposta dal diritto obbiettivo, vi potrà essere una obbligazione morale o di convenienza, ma non una obbligazione giuridica. Questa mancando, non può il magistrato spiegare la funzione giurisdizionale a difesa e servizio di quella facoltà; ma dovrà dichiarare improponibile la domanda, o carente d'azione colui che l'ha proposta; insomma, dovrà dichiarare che egli manca di potere per definire la contesa;

b) *diritto non munito d'azione;* come altrove osservammo (n. 13), sono figure anomale ed affatto eccezionali quelle dei diritti sforniti di azione; ma poichè esistono, è certo che il magistrato chiamato a provvedere per la difesa di uno di essi dovrà trincerarsi nella eccezione del difetto di podestà a pronunziare sul merito; di fronte al diritto giudiziario civile, fra un diritto mancante d'azione e una facoltà non guarentita dalla legge non esiste alcuna differenza.

c) *anteriore esaurimento della funzione giurisdizionale.* In senso ampio, simile figura comprende anche il caso dell'eccezione di regiudicata. Il convenuto oppone questa eccezione per impedire che la funzione giurisdizionale sia un'altra volta esercitata sul tema rispetto al quale l'esercizio di essa precedentemente avvenuto costituisce impedimento perpetuo ad uno nuovo. Ma oltre all'ipotesi della regiudicata, altre debbono essere considerate. Così, dopo la pronunzia di una sentenza inappellabile, il magistrato di seconda istanza, presso il quale sia indebitamente tentato l'appello, deve respingerlo per difetto di giurisdizione; intendendosi designare, con questa parola, nel caso concreto, i soli poteri che a lui spettano, nel grado particolare dell'uffizio in cui la legge lo ha collocato.

Sezione II. — *Conflitti di attribuzioni.*

198. Ben più complessa, evidentemente, è la configurazione degli altri due casi, nei quali, come notavamo, la giurisdizione civile ordinaria può trovarsi a rivaleggiare, se così è lecito esprimersi, nel compimento di atti di pubblico potere con altre autorità alle quali più veramente appartenga, o sia opinabile che appartenga, l'uffizio di compierli. Ad essere più precisi, conviene però distinguere fra i due casi. Quando si eccepisce innanzi il giudice che l'oggetto della domanda non dà materia a una di lui pronunzia, giacchè si tratta di un semplice *interesse*, sfornito di garanzia legale, a cui deve esclusiva-

Digitized by Google

mente provvedere l'amministrazione, non si eleva la competenza di questa contro la giurisdizione ordinaria, ma si afferma la insindacabilità dell'atto amministrativo già compiuto, o quella dei poteri discrezionali che spettano per il compimento di esso agli organi del governo. È dunque una mera *eccezione d'incompetenza* della giurisdizione ordinaria, che acquista importanza maggiore del consueto solo in quanto interessa i rapporti tra funzioni eminenti di sovranità. Quando invece viene opposto innanzi ai tribunali ordinari che la materia del giudizio sarebbe di competenza di una giurisdizione speciale, vi sono gli elementi del vero conflitto, essendo possibile che due autorità diverse si dichiarino ugualmente competenti od incompetenti a emettere decisioni di carattere ed effetto giurisdizionale su un medesimo ed unico oggetto. Questo conflitto fu denominato *di attribuzioni*, perchè ha luogo fra autorità di ordini diversi, quantunque investite entrambe di podestà giurisdizionali. Il nome risale al tempo in cui esistevano i tribunali del contenzioso amministrativo, e si applicava allora non soltanto ai conflitti in materia giurisdizionale, ma anche alle controversie sulla incompetenza dell'autorità giudiziaria a sindacare un atto amministrativo, appunto perchè allora, anche in simile riguardo, un conflitto poteva sorgere fra questa autorità e i tribunali amministrativi. Distinte nell'ordinamento attuale le sfere di azione dell'amministrazione pura, delle giurisdizioni speciali amministrative e della giurisdizione civile ordinaria, la legge 31 marzo 1877 di cui facciamo menzione più oltre, non diede altrimenti il nome di *conflitti* che alle contese giurisdizionali della magistratura ordinaria con le giurisdizioni speciali, o di queste fra loro. Tuttavia la stessa legge va nota col nome di *legge sui conflitti di attribuzioni;* e nella pratica si continua a designare come *conflitto* la questione sulla incompetenza dell'autorità giudiziaria rispetto ad un atto amministrativo. Certo non conferisce alla correttezza del concetto scientifico questa equivocità del comune linguaggio, ad evitare la quale conviene sempre considerare i due rapporti in modo distinto e separato.

198 *bis.* La legge del 20 marzo 1865 alleg. *E* abolendo i tribunali del contenzioso amministrativo e dovendo quindi provvedere al reparto delle loro funzioni, dispose all'uopo con la classificazione contenuta negli art. 2 e 3. Ai termini dell'art. 2, « sono devolute alla « giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni (1) e tutte « le materie nelle quali si faccia questione di *un diritto civile* o *poli-*

(1) Questa è materia relativa alla giurisdizione penale, di cui non dobbiamo qui occuparci.

Digitized by Google

« *tico*, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministra-
« zione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecu-
« tivo e dell'autorità amministrativa ». Ai termini invece dell'art. 3,
« *gli affari* non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti
« alle autorità amministrative, le quali, ammesse le osservazioni in
« iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati,
« previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano
« stabiliti dalla legge ». Questa distinzione, apparentemente molto nitida, tra *materie in cui si faccia questione di un diritto* e semplici *affari*, in pratica risultò meno chiara e sicura di quello che a primo aspetto potesse supporsi. E quand'anche simile risultato non si fosse avuto, era prevedibile, da parte di un prudente legislatore, la possibilità di controversie intorno al limite delle attribuzioni con essa rispettivamente conferite all'autorità giudiziaria. Nell'uscire da un regime in cui l'autorità amministrativa, con organi propri, esercitava le funzioni giurisdizionali sulle controversie giuridiche nelle quali era interessata, parve più temibile il pericolo di invasioni della giurisdizione ordinaria nei dominii dell'amministrazione attiva, che non il caso inverso. Del resto è da notare per la verità (e la osservazione, sebbene qui venga appena accennata, non manca di una certa importanza), che se una invasione è possibile, questa non può verificarsi se non per opera dell'autorità giudiziaria in danno dell'amministrazione. Una sentenza di tribunale, considerando *questione di diritto* e non semplice *affare*, l'oggetto di una domanda, e su di esso provvedendo, paralizza o per lo meno inceppa l'azione amministrativa, essendo logico (ed avendolo dichiarato nel capoverso dell'art. 4 la stessa legge ora in esame) che la sentenza del giudice s'imponga al rispetto dell'amministratore. Un provvedimento amministrativo, al contrario, quand'anco impartito sopra materia in cui, facendosi questione di diritto civile o politico, occorre una deliberazione giudiziaria, non può mai togliere al soggetto che si reputa investito di quel diritto l'azione, ossia la facoltà d'invocare a difesa del medesimo l'intervento della funzione giurisdizionale. Quindi vera usurpazione in questo caso non ci può essere. Ciò spiega come la contemplazione della ipotesi di una disputa sulla competenza giudiziaria di fronte ad atti amministrativi, conducesse a stimare necessario il conferimento di un'arma di difesa all'amministrazione, per la salvaguardia dei poteri suoi. E tale arma le venne fornita mediante la facoltà ad essa riconosciuta di *elevare il conflitto di attribuzioni*, nelle liti vertenti davanti la magistratura ordinaria, anche nei casi in cui non vi fosse direttamente interessata. Il meccanismo di questo istituto politico e procedurale insieme risale alla legge sui conflitti del 20 novembre

Digitized by Google

1859 promulgata quando ancora esistevano i tribunali del contenzioso amministrativo. Dopo la cessazione di essi venne tuttavia mantenuto, per servire allo scopo testè indicato, giusta il tenore dell'art. 13 della legge di abolizione. Carattere sostanziale dell'istituto è quello di far sospendere, mercè una istanza motivata, presentata da un organo dell'amministrazione attiva (il prefetto), il corso della lite sull'oggetto che l'amministrazione stessa intende rivendicare alle proprie attribuzioni, fino a che il conflitto sia stato risoluto con una decisione dell'autorità competente.

199. Quale fosse poi l'autorità incaricata di risolvere simili conflitti, lo determinò provvisoriamente la legge del 1865 nello stesso articolo 13, designando all'uopo il consiglio di stato, conformemente al disposto dell'articolo 10 n. 1 della contemporanea legge 20 marzo, alleg. *D* ed al sistema antecedentemente stabilito. Il legislatore italiano ispirato alle dottrine francesi che in tutta questa materia aveva allora prese a guida, obbedì, anche nella designazione dell'organo solutore dei conflitti, al concetto di meglio guarentire la difesa dei poteri di amministrazione contro eventuali esorbitanze della funzione giurisdizionale ordinaria; essendosi riputato che all'uopo si avrebbero migliori assicurazioni affidando la custodia dei confini stabiliti fra le due autorità ad un organo fra i più ragguardevoli della stessa amministrazione. È per altro caratteristico e notevole che la legge sul consiglio di stato, conferendogli la podestà di risolvere i mentovati conflitti, collocava questa tra le funzioni *di giurisdizione speciale* ad esso affidate. Ed invero del carattere eminentemente giurisdizionale di simile uffizio niuno può dubitare, solo che voglia considerare come, in primo luogo, l'esame se un diritto subbiettivo esista o no, e quindi se un'azione possa venire spiegata per far valere la relativa pretesa, non può legittimamente essere compiuto se non in virtù di un potere giurisdizionale; giacchè la indagine *se un diritto subbiettivo esista* è appunto una *questione sul diritto stesso*; e in secondo luogo, come la legge di abolizione dei tribunali amministrativi avesse conservato, per non pochi *diritti* (malgrado la generalità della formola usata nell'art. 2) la competenza di giurisdizioni speciali riserbate ad organi dell'amministrazione; laonde ogni volta che il conflitto riguardasse i rapporti fra tali giurisdizioni e la ordinaria, la questione rimaneva pur sempre, con qualunque soluzione, nel campo giurisdizionale. Per queste considerazioni, e ancora più per l'altra che l'amministrazione mentre garantiva fin troppo sè medesima, lasciava una ben scarsa misura di garanzie ai suoi avversari in lite, chiamando a risolvere il conflitto un proprio organo, il che la costituiva giudice e parte ad un

Digitized by Google

tempo, le idee dei legislatori e degli studiosi, in Francia come in Italia, subirono dopo il 1865 una modificazione notevolissima; alla quale contribuì non poco fra noi lo svolgimento delle istituzioni parlamentari, ed in Francia la mutazione politica del 1870; non dovendosi omettere di rammentare ancora la influenza dello istituto della giustizia amministrativa che andavasi specialmente sviluppando negli stati tedeschi. Accettato e posto fuor di discussione il concetto che la risoluzione dei conflitti è funzione giurisdizionale, non sembrò guari discutibile che il deferirla ad un organo di giurisdizione speciale, il quale come strumento di giurisdizione è posto dalla stessa natura del suo uffizio in seconda linea, non rispondeva nemmeno alla naturale distribuzione delle podestà. Funzione giurisdizionale significa dichiarazione e interpretazione dei precetti contenuti nelle leggi: nel caso particolare del conflitto d'attribuzioni, si tratta di mantenere le attività rispettive della giurisdizione ordinaria, delle speciali e dell'amministrazione, dentro i confini a ciascuna assegnati dalle leggi; cioè di dare uniforme sicurezza d'interpretazione e costanza di applicazione a quelle norme del diritto obbiettivo che segnano il limite alle attribuzioni di ciascuna delle mentovate podestà. Parve adunque ai legislatori d'Italia che per l'esercizio di tal funzione fosse indicata dall'autorità della logica e dall'indole complessiva dei nostri pubblici ordinamenti, la corte di cassazione, non tanto come magistrato supremo della giurisdizione ordinaria, quanto per essere essa stata costituita, con politico intendimento, giudice del puro diritto, cioè delegata a custodire la uniforme interpretazione ed applicazione delle leggi nel territorio dello stato. Ad assoggettare al giudizio di questa suprema magistratura, per la osservanza dei confini di loro attribuzioni, le singole giurisdizioni speciali, non poteva esservi repugnanza; bensì, per naturale affinità di funzione (a non voler parlare di sostanziale identità) appariva logico che a tutte sovrastasse l'organo più eminente della giurisdizione ordinaria. Per ciò poi che concerne l'amministrazione attiva, neppure sarebbe stato ragionevole allegare repugnanza, avvegnachè la eccezione con la quale essa declina il giudizio del magistrato ordinario sia un mezzo preliminare di difesa contro la domanda per la quale trovasi convenuta o che le dà ragione di intervenire per la salvaguardia della propria podestà; laonde, la pronunzia sulla eccezione stessa è naturale attributo della giurisdizione adìta con la domanda. E se puossi consentire una procedura privilegiata per meglio assicurare l'amministrazione e per abbreviare il contrasto preliminare, questo favore conceduto sul terreno del rito non può dare ragione ad un mutamento di giurisdizione: la disputa rimane nel dominio della giurisdizione ordinaria; solo, invece

Digitized by Google

di percorrere tutti gli ordinari stadii della procedura, può essere immediatamente recata al supremo magistrato in tale giurisdizione costituito.

199 *bis*. Questi concetti ispirarono la legge del 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzioni. Non è a tacere che in altri stati la grave questione fu risoluta diversamente, preferendosi la costituzione di un tribunale particolare, composto di magistrati in equa misura tratti dal ceto giudiziario e dai maggiori organi di giurisdizione speciale. Probabilmente se la riforma della legge sui conflitti fosse in Italia stata accompagnata o preceduta dallo svolgimento dei novelli istituti di giustizia amministrativa, che aumentarono di tanto l'importanza delle giurisdizioni speciali e l'estensione del loro uffizio, il sistema del tribunale misto per la risoluzione dei conflitti avrebbe prevalso, o per lo meno suscitato vive discussioni. Nè qui è luogo per esaminare se questo sistema o quello della nostra legge meriti preferenza, bastando avvertire che un giudizio in proposito non dovrebbe essere proferito se non tenendo conto esatto del complesso delle istituzioni politiche, amministrative e giurisdizionali, quali esistono e funzionano, e delle molteplici differenze che in esse, da stato a stato, si verificano, sia riguardo alle condizioni in cui si svolsero che rispetto all'intrinseca natura.

La legge 31 marzo 1877, per l'esame della controversia sulla giurisdizione accolse un criterio analogo a quello stabilito nel codice di procedura pel regolamento delle competenze giudiziarie. La questione del difetto di giurisdizione, o di incompetenza dell'autorità giudiziaria, è considerata anzitutto come tema di una eccezione pel cui mezzo viene elevata una controversia civile ordinaria, da essere decisa col normale percorso dei gradi di giurisdizione e con l'autorità del giudicato. L'amministrazione (art. 1) anche quando non sia parte in causa, può intervenirvi per opporre tale eccezione, discuterla e farla decidere nei modi accennati. In ogni caso, però, le è data facoltà di valersi di *un mezzo straordinario* (procedimento privilegiato), domandando che la decisione sulla competenza dell'autorità giudiziaria sia deferita, *omisso medio*, alla corte di cassazione (sede di Roma), la quale pronunzia a sezioni unite (art. 3). La stessa corte a sezioni unite ha, parimenti, esclusiva facoltà di pronunziare sui ricorsi contro le sentenze d'appello impugnando le quali vengasi a sollevare la questione sulla competenza dell'autorità giudiziaria (art. 5).

Il mezzo straordinario così stabilito può essere usato dall'amministrazione *in qualunque stato di causa*, fino a che, per altro non sia già intervenuta fra le parti una dichiarazione di competenza dell'autorità giudiziaria *passata in giudicato* (art. 1); e questa riserva

Digitized by Google

è spiegata dalle considerazioni che esponemmo al numero 90. La richiesta per la decisione diretta dalla corte di cassazione è fatta con decreto motivato dal prefetto della provincia nella quale il giudizio fu istituito. Tale decreto dev'essere notificato alle parti in causa e indi trasmesso all'uffizio del pubblico ministero presso il tribunale o la corte d'appello, a cui spetta di comunicarlo all'autorità innanzi la quale è pendente la lite. Allorquando questa abbia riconosciuto essere regolare la elevazione del conflitto, sia in ordine al tempo che alle forme, sospende il corso del giudizio fino alla decisione sulla competenza: non le è negata la podestà di impartire nell'attesa provvedimenti interinali, se occorrano (art. 2).

199 *ter*. Dopo avere regolato il caso più comune nel modo di cui finiamo di parlare, la legge (art. 3 n. 2) contempla pure l'ipotesi del conflitto *negativo*, che si verifica quando l'autorità giudiziaria e l'amministrativa siansi dichiarate incompetenti. Nell'ipotesi di questo conflitto dispone la legge che « appartiene esclusivamente alle sezioni di cassazione istituite in Roma... regolare la competenza fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa ». La disposizione non può altrimenti essere intesa se non nel senso di una efficacia molto circoscritta. In verità, supponendo che l'autorità giudiziaria dichiari la competenza dell'amministrazione, l'effetto pratico di simile giudizio non può essere maggiore di quello di una semplice dichiarazione di incompetenza dell'autorità giudiziaria: nè può idearsi modo per costringere giudizialmente l'autorità amministrativa a spiegare sul merito della domanda quei poteri l'uso dei quali sia lasciato alla sua insindacabile discrezione.

200. Ci rimane a dire del regolamento di competenza che può occorrere fra l'autorità giudiziaria e quelle amministrative investite di giurisdizioni speciali.

Questa materia ha acquistata una grande importanza dopo le leggi del 1889 e del 1890 che organizzarono le vaste e nuove giurisdizioni speciali della giustizia amministrativa (quarta sezione del consiglio di stato e giunte provinciali amministrative). Essa però era stata contemplata e disciplinata dalla legge del 31 marzo 1877 la quale nel n. 3 dell'art. 3 stabilì appartenere esclusivamente alle sezioni unite della corte di cassazione « giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, non che della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza o per eccesso di potere ». Come a prima vista si scorge, qui, sotto ponendo alla podestà della suprema magistratura giudiziaria organi giurisdizionali staccati bensì materialmente dalla giurisdizione ordinaria, ma per la identità della funzione ad essa collegati, il legislatore volle che più ampia e completa fosse l'attribuzione regolatrice, di quel

Digitized by Google

che la natura dei rapporti avesse consentito rispetto all'amministrazione attiva. Perciò, non solamente dei conflitti singolarmente verificabili fra quelle giurisdizioni e la ordinaria, ma della osservanza stessa dei confini assegnati alle proprie particolari loro funzioni, volle guardiana e arbitra la corte di cassazione. I due uffizi ben distintamente sono contemplati nel testo surriferito, nè occorrono chiose a sua illustrazione. Solo merita qualche spiegazione la frase che accenna al secondo uffizio: la corte di cassazione decide sulla *nullità delle sentenze proferite dalle giurisdizioni speciali*, quando la nullità sia fondata sopra l'*incompetenza* o l'*eccesso di po'ere*. Oltre l'ipotesi d'un conflitto positivo o negativo fra una giurisdizione speciale e l'ordinaria, il legislatore considera adunque l'ipotesi che l'ordinaria non sia stata provocata a pronunziare nè sulla competenza nè sul merito, e che soltanto la speciale abbia pronunziato, ammettendo in tale ipotesi il ricorso per cassazione fondato sul motivo della *incompetenza* di questa giurisdizione speciale: incompetenza, che, essendo assoluta, può venire dedotta per la prima volta nel ricorso, senza che ciò formi ostacolo alla proponibilità della eccezione. Tale *incompetenza* può verificarsi, sia che una giurisdizione speciale abbia emanato provvedimento dove era da riserbarlo alla giurisdizione ordinaria; sia che lo abbia emanato sopra materia che appartiene alla competenza di altra giurisdizione speciale. L'*eccesso di potere* si verifica poi, da parte di una giurisdizione speciale, quando, in luogo di compiere l'uffizio giurisdizionale per cui fu istituita essa abbia esercitato altra funzione pubblica d'indole diversa, e così emanato un provvedimento proprio dell'amministrazione attiva, oppure quando abbia tratto occasione dall'esercizio della funzione giurisdizionale per impartire un provvedimento o compiere un atto che le leggi non consentono a veruna autorità. La legge col suo silenzio suscita il desiderio di una definizione dei due concetti della *incompetenza* e dell'*eccesso di potere;* ma questo desiderio è condannato a rimanere tale per la incertezza che tuttavia regna nella dottrina intorno alla nozione differenziale fra i due motivi di annullamento sopra detti. A noi sembra, però, che a non voler considerare la figura dell'eccesso di potere come una inutile ripetizione, o sia pure una più o meno opportuna amplificazione, di quella della incompetenza, e a non voler trascurare le ragioni storiche e logiche e l'ambiente politico in cui si elaborò la riforma della legge sui conflitti, debba il n. 3 dell'art. 3 ricevere la larga interpretazione qui enunciata.

200 *bis*. La legge del 2 giugno 1889 (testo unico) istituendo nella quarta sezione del consiglio di stato il primo e più elevato organo della giustizia amministrativa, riconobbe a questa funzione il carat-

Digitized by Google

tere giurisdizionale che veramente non può esserle negato nello stato libero moderno, quantunque parecchie discussioni siansi intorno a ciò elevate (1). Come funzione giurisdizionale essa era perfettamente compatibile con le altre della stessa natura già attribuite al consiglio di stato dalla legge del 1865, e da alcune successive. Infatti la legge del 1889 riunì tutte le attribuzioni giurisdizionali del consiglio di stato, associandole all'esercizio della giustizia amministrativa, nella quarta sezione. Questo novello organo venne così a trovarsi di fronte alla giurisdizione civile ordinaria nei medesimi rapporti che già erano stati stabiliti per le altre giurisdizioni speciali: e quindi i conflitti positivi o negativi insorgenti fra esso e le autorità giudiziarie, come le istanze per annullamento delle decisioni della quarta sezione per incompetenza od eccesso di potere, sono deferiti alla esclusiva competenza delle sezioni unite della corte di cassazione a norma dell'articolo 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 (2). Inoltre, per semplificare il procedimento, nei casi in cui la questione sulla competenza sia proposta innanzi la sezione, il legislatore del 1889 prescrisse (art. 41) che « sollevata dalle parti o di uffizio la incompetenza dell'autorità amministrativa, la sezione sospenderà ogni ulteriore decisione e rinvierà gli atti alla corte di cassazione per decidere sulla competenza ». La espressione « incompetenza dell'autorità amministrativa » usata nel testo riferito va intesa in rapporto alla natura dell'*organo* (consiglio di stato) appartenente all'ordine amministrativo: quanto all'indole della *funzione* è certamente giurisdizionale, non solo per la parte di

(1) Se nella legge del 1889 non sta scritta la parola " *giurisdizione* „ non per questo si può negare il carattere giurisdizionale della giustizia amministrativa, il quale poi fu dichiarato nella legge che definitivamente venne ad organizzarla fra noi, quella cioè del 1° maggio 1890. L'uffizio giurisdizionale delle giunte provinciali amministrative, da essa proclamato in modo formale nel primo alinea dell'art. 1° e in quello dell'art. 13, oltre che nella rubrica del titolo primo, mercè l'uso replicato del vocabolo " giurisdizione „, deve dirsi riconosciuto parimenti per la quarta sezione, la quale è costituita in giudizio d'appello sulle deliberazioni delle giunte provinciali pel disposto dell'articolo 19; d'altronde, la natura degli altri uffizi di giustizia amministrativa attribuiti alla stessa quarta sezione non è diversa per iscopo e per essenza da quella delle funzioni giurisdizionali delle giunte predette. Vedasi inoltre, nel testo, il richiamo all'art. 10 della legge del 1865.

(2) Fu vivamente contrastata la proponibilità del ricorso alla corte di cassazione contro le sentenze della IV sezione impugnate per incompetenza od eccesso di potere. La corte di cassazione non esitò a riconoscerne la proponibilità con ripetute decisioni tutte informate al concetto che la IV sezione è un organo di giurisdizione speciale (cass. Roma, 21 marzo 1893, *Giur. it.*, 1893, I, 1, 649; 8 gennaio 1895, *ivi*, 1895, I, 1, 38 e 158; 26 marzo 1896, *ivi*, 1896, I, 1, 657; 24 giugno 1897, *ivi*, 1897, I, 1, 744).

Digitized by Google

attribuzioni che già anteriormente possedeva tal carattere, con esplicito battesimo legale (v. art. 10 della legge del 1865 sul consiglio di stato, al primo alinea), ma anche per quelle nuovamente conferitegli, come dianzi fu detto, e come è meglio dimostrato dallo studio storico analitico dell'istituto della giustizia amministrativa che non da una più o meno sottile ed arguta esegesi dei testi.

201. L'altra legge fondamentale sulla giustizia amministrativa, quella del 1° maggio 1890, regolò principalmente l'attività delle giunte provinciali amministrative. A differenza della quarta sezione del consiglio di stato, come è ben noto, le giunte provinciali sono contemporaneamente investite non solo di attribuzioni giurisdizionali come tribunali della giustizia amministrativa, ma eziandio di attribuzioni amministrative come autorità tutorie degli enti amministrativi locali. Nè sempre, pur troppo, la distinzione dei due uffizi è ben delineata. Tuttavia, nelle linee fondamentali la distinzione stessa ricevette la sua logica esplicazione mercè le disposizioni della citata legge, in ordine alla salvaguardia dei limiti rispettivi delle attribuzioni giurisdizionali e di quelle amministrative. In quanto alle prime, la giunta provinciale amministrativa, come la quarta sezione, come la corte dei conti (1) e come ogni altro organo di giurisdizione speciale è sottoposto alla podestà regolatrice della corte di cassazione di Roma, sia per la risoluzione dei conflitti positivi o negativi che sorgano fra essa e la giurisdizione civile ordinaria, sia per la decisione sui ricorsi che domandano l'annullamento delle sue sentenze pel titolo della incompetenza o dell'eccesso di potere. Quando però la giunta provinciale agisce in sede tutoria, cioè in funzione amministrativa, il suo provvedimento è un atto di amministrazione, e come tale va sottoposto al sindacato della quarta sezione, sia che lo si impugni per violazione di legge o per incompetenza od eccesso di potere. Tale è la duplice regola inclusa nell'articolo 19 della legge 1° maggio 1890, il quale va precisamente così inteso là dove dispone: « contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative... possono ricorrere alla sezione quarta del consiglio di stato, *per motivi d'incompetenza e d'eccesso di potere non compresi nella legge* 31 *marzo* 1877, ecc. »; pur essendo mestieri convenire che il linguaggio della legge non brilla di soverchia chiarezza.

A simiglianza poi di quanto è stabilito per la quarta sezione del

(1) Per la corte dei conti, la giurisdizione di annullamento della corte di cassazione è fondata sulle disposizioni degli art. 42 e 43 della legge organica 14 agosto 1862, messi in relazione cogli articoli 3 n. 3, e 6 capov. primo della legge sui conflitti, 31 marzo 1877.

Digitized by Google

consiglio di stato, l'art. 15 della legge del 1890 all'ultimo capoverso dispone, che qualora l'eccezione d'incompetenza dell'autorità amministrativa (ben inteso, nell'esercizio *della funzione giurisdizionale*) sia sollevata dalle parti, o d'uffizio, la giunta provinciale rinvia gli atti alla corte di cassazione di Roma, per la sua pronunzia, sospendendo frattanto ogni ulteriore decisione.

201 *bis*. Nei giudizi innanzi le giunte provinciali, a cagione della pluralità di queste, può sorgere una questione d'incompetenza territoriale, non ideabile mai a riguardo di quelle giurisdizioni speciali che hanno un unico organo nello stato, come la quarta sezione o la corte dei conti. Non è ben chiarito nella legge se l'annullamento di una decisione di giunta provinciale pel titolo della incompetenza territoriale debba essere domandato alla corte di cassazione, ovvero alla quarta sezione, anche quando la decisione impugnata sia stata proferita in sede giurisdizionale. Considerando però che la podestà regolatrice della cassazione, tanto per lo spirito come per la lettera dello art. 3 della legge sui conflitti e dell'art. 15 della legge 1° maggio 1890 è ristretta ai casi in cui sia controversa la competenza dell'organo amministrativo come organo di giurisdizione speciale, cioè alle questioni sulla competenza assoluta, è da ritenere che il ricorso per annullamento fondato sulla incompetenza territoriale appartenga alla cognizione della sezione quarta del consiglio di stato, in virtù della disposizione dell'art. 19 dianzi rammentato. E la sezione quarta pronunzia su tale ricorso coi poteri e secondo le norme che si contengono nel primo capoverso dell'art. 38 della legge 2 giugno 1889.

Digitized by Google

LIBRO SECONDO

PROCEDIMENTO DI DICHIARAZIONE

PREMESSA

202. Il nome di *procedimento di dichiarazione* serve a designare i giudizi civili, a qualunque competenza appartengano, che, intrapresi colla citazione, si chiudono con una sentenza la quale venga, mercè l'autorità sua, ad affermare, o ristabilire, in una parola a *dichiarare*, il diritto dell'attore o del convenuto. L'esercizio della podestà giudiziaria non si esaurisce qui; il *procedimento di esecuzione* completa, quando ve ne sia bisogno, l'opera riparatrice della giustizia. Vedremo però come il procedimento di esecuzione possa avere per suo fondamento, non solo la sentenza proferita in sede di dichiarazione, ma anche altri titoli. Per questo motivo, ed anche perchè non sempre la sentenza che dichiara il diritto può fornire il titolo per un procedimento di esecuzione (1), necessita trattare di questo come di un organismo processuale autonomo; ciò faremo nel libro terzo. Qui infrattanto esamineremo il procedimento di dichiarazione nelle modalità sue, che variano col variare delle sedi giudiziarie e dei gradi di giudizio. Ma poichè ogni procedimento per dichiarazione di diritti si inizia normalmente coll'atto di citazione, è di questo atto che anzitutto dobbiamo tener discorso.

(1) Invero, la sentenza che dichiara il diritto del convenuto respingendo la pretesa dell'attore come infondata, il più spesso non richiede esecuzione forzata, avendo per effetto la conservazione dello *statu quo*.

Digitized by Google

TITOLO I.

LA CITAZIONE

CAPO I.

Forme ed effetti della citazione.

203. La necessità del *contraddittorio* nei giudizi civili è già stata diffusamente spiegata (n. 19 e segg.). Per ottenerlo, è manifestamente indispensabile che il convenuto sia dall'attore *chiamato in giudizio*, a meno che due litiganti *convengano di presentarsi insieme al magistrato*, per invitarlo a decidere sul loro piato. La *vocatio in jus*, la citazione, è però la forma più generale e ordinaria d'iniziamento dell'azione, attesa la difficoltà che due cittadini tra loro dissenzienti sieno entrambi sempre, o tanto spesso, in buona fede, da adire volontariamente il magistrato. Il nostro codice (art. 37) espressamente dichiara che *ogni domanda è proposta con atto di citazione, salvo che la legge stabilisca un'altra forma, o le parti compariscano volontariamente, osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento*. Il codice francese (art. 7) ammise la validità della comparizione spontanea delle parti, solo nei giudizi avanti il *giudice di pace*. Non pare dubitabile che sia stata mente del nostro di riconoscerla permessa in qualsiasi sede di procedimento; ma in pratica crediamo che non potrebbe ricevere applicazione questa forma d'iniziamento d'un giudizio se non presso i conciliatori e i pretori; attesochè innanzi ai tribunali ed alle corti, l'obbedienza all'obbligo fatto dalla legge di *osservare del resto le forme proprie di ciascun procedimento* non si potrebbe conciliare colla comparizione volontaria. Nei giudizi che si svolgono dinanzi ai probi viri, essendo prescritto un preventivo esperimento di conciliazione, il rinvio alla sede contenziosa viene ordinato dall' uffizio di conciliazione, giusta l'art. 33 della legge 15 giugno 1893, e in luogo della citazione, viene, quando occorra, notificato un avviso di comparizione a cura della cancelleria (articolo citato).

Digitized by Google

Dall'art. 37 appare che vi sono *altri modi* specialmente determinati dalla legge, per introdurre alcune domande. A questi casi eccezionali abbiamo accennato nel n. 30; nella maggior parte di essi, sebbene il primissimo atto di chi si vuol rendere attore, sia *un ricorso*, pure la domanda dev'essere concretata subito dopo in una *citazione;* onde vi ha piuttosto la sembianza che la realtà della eccezione.

204. La *vocatio in jus* che dovette nei più antichi tempi essere semplicemente *verbale*, e trovò la sua guarentigia nella *pubblicità*, col progredire dell'incivilimento venne tramutata in un invito a presentarsi al giudice, comunicato per iscritto a mezzo di un pubblico ufficiale di ciò specialmente incaricato. Tale è la norma che, dal diritto giustinianeo in poi, salve rarissime eccezioni, fu sempre osservata.

Notasi però una differenza fra i varii sistemi che hanno disciplinato la citazione. Nel mentre taluni legislatori abilitarono le parti a richiedere *direttamente* gli uffiziali giudiziari per eseguirla, altri vollero che l'esercizio della funzione dell'usciere fosse preventivamente autorizzato dal giudice. Il nostro codice, come il francese e i due sardi, ha preferito il primo e più semplice partito (v. n. 51); l'altro sistema, temperato però dal benefizio delle intimazioni per mezzo della posta, è tuttora mantenuto nella procedura austriaca.

I legislatori sardi, seguendo l'antica distinzione fra la *vocatio in jus* e la *editio actionis*, stimarono che dovessero discernersi e differentemente caratterizzarsi codeste due parti della citazione. Non vollero certamente ripristinare la forma medievale, in cui il convenuto era chiamato in giudizio, e soltanto davanti al magistrato riceveva notizia della domanda e del suo oggetto. La *editio actionis* forma parte necessaria della citazione, giacchè sarebbe incivile che il convenuto non fosse posto in grado, mercè la completa conoscenza della domanda, di apprestare le sue difese; d'altronde ne soffrirebbe la celerità del procedimento. Se non che, considerando essere la esposizione della domanda e dei suoi motivi opera personale dell'attore, il quale deve avere la libertà e insieme la responsabilità di concepirla e stenderla a suo grado, così fu diviso l'atto di citazione in due parti; la prima contenente la domanda colle sue ragioni di fatto e di diritto, stesa e firmata dall'attore o dal suo legale rappresentante; la seconda, la vera e propria *vocatio in jus*, contenente la citazione avanti il giudice e la certificazione della consegna nelle forme di legge, fu riservata all'usciere e doveva essere da lui sottoscritta.

Codesta divisione, conforme a criteri razionali, era stata accolta pure nel progetto Pisanelli; fu poi abbandonata nella definitiva redazione del codice, per seguire l'esempio francese e fare della citazione un atto unico, apparentemente redatto per intiero dall'usciere; e da

Digitized by Google

lui solo sottoscritto (art. 132). Diciamo, *apparentemente* redatto dall'usciere; poichè fu tanto riconosciuta la necessità dell'opera della parte o del suo difensore, per guarentire l'esattezza della *editio actionis* che si dovette disporre (nell'art. 87 del regolamento generale giudiziario) aver diritto l'usciere di ricevere dalla parte richiedente la citazione, scritte e *da essa sottoscritte*, le indicazioni occorrenti per compilarla. E l'art. 297 della tariffa giudiziaria assegna, con richiamo al menzionato articolo del regolamento, un onorario ai procuratori, per la *redazione della parte sostanziale dell'atto di citazione* da consegnarsi all'usciere. Onde molti preferirebbero, e non a torto, che si richiamasse in vigore la distinzione, la quale corrisponde meglio alla realtà delle cose, e segna più nettamente i confini dell'uffizio e della responsabilità dell'usciere.

204 *bis.* Il nostro codice ha invece accettato da quello sardo del 1859 la distinzione menzionata nell'art. 132 fra la citazione per biglietto e la citazione per atto formale. La citazione per biglietto che sostituì quella *orale*, già ammessa in Piemonte per le controversie di minima entità, è una forma di citazione più semplice, ma non priva di guarentigie. Non è, come si potrebbe supporre, una semplice *vocatio in jus;* ma sebbene concisa, deve contenere pure l'*editio actionis.* L'uso della medesima non è permesso che nelle cause non eccedenti il valore di lire cento, quindi soltanto in quelle di competenza del conciliatore. Inoltre è autorizzata per alcuni casi in cui basta la semplice *vocatio in jus* (articoli 133, 185, 238). Nel biglietto di citazione devono essere indicati: 1° il giorno, il mese e l'anno della notificazione; se la citazione sia per comparire a ora più tarda nello stesso giorno, devesi anche indicare l'ora della notificazione; 2° il nome e cognome dell'attore e del convenuto; 3° l'oggetto della domanda; 4° il giudice innanzi a cui si deve comparire; 5° il giorno e l'ora della comparizione; 6° la persona a cui l'usciere ne ha effettuata la consegna; 7° il nome e cognome dell'usciere e l'autorità giudiziaria alla quale è addetto, oltre la di lui sottoscrizione (art. 133). Si capisce che il nome e cognome dell'usciere quando risultino chiari dalla sottoscrizione non è necessario si trovino anche espressi nel contesto dell'atto. Quanto all'*oggetto della domanda*, purchè non vi sia *incertezza assoluta* su ciò che l'attore pretende, potrà venire indicato in quella forma che sembrerà più opportuna; si suole adottare quella di una *conclusione*, o concreta istanza al giudice, in cui è accennata, come meglio conviensi, anche la causa del domandare. Altre osservazioni faremo appresso, le quali son comuni all'atto formale di citazione.

205. La citazione formale (articolo 134) è la specie ordinaria e più solenne della chiamata in giudizio, nella quale i due ele-

Digitized by Google

menti dell'*actionis editio* e della *in jus vocatio* ricevono uno sviluppo completo.

Primo ed indispensabile requisito è anche qui *la data* (1); non sono richieste dal testo della legge altre indicazioni che quelle *del giorno, mese ed anno della notificazione;* ma nei casi di citazione per comparire *ad ora indicata,* converrà pure che si indichi l'ora della notificazione.

Intorno all'importanza della data dobbiamo fare le seguenti osservazioni. La citazione ha un doppio effetto: quello d'*iniziare il giudizio* e quello di operare la *costituzione in mora* del convenuto. Come atto di costituzione in mora dà origine bene spesso alla decorrenza degli interessi (articoli 1232 e 1233 del codice civile). e in genere stabilisce a carico del debitore l'obbligo del risarcimento dei danni (art. 1223, 1225 codice citato). Ed è ancora come atto di costituzione in mora che interrompe la prescrizione (articolo 2125 codice citato); il che fu molto saviamente statuito dal nostro legislatore, conferendo codesta attitudine alla citazione al pari di qualunque altro atto che costituisca in mora l'obbligato: di tal guisa è spiegato perchè la citazione avanti a giudice incompetente produca l'effetto interruttivo; essa non è efficace come citazione, ma è un atto giuridicamente esistente, vale a dire idoneo a costituire in mora; mentre la citazione *nulla,* o *perenta,* o *abbandonata,* si ha per *non esistente* e quindi le è negato l'effetto medesimo (articolo 2128 codice citato) (2). Del rimanente, l'attitudine ad operare costituzione in mora la citazione l'ha comune con altri atti giudiziali (precetto, sequestro). Comunque, basterebbe siffatta qualità sua per esigerne come *elemento essenziale* la data, che lo è poi anche dal punto di vista del semplice effetto processuale, sia nei riguardi del *termine a comparire* che in quelli della *perenzione d'istanza,* come si vedrà più tardi.

La giurisprudenza e gli autori riconoscono ammissibili gli *equipollenti,* in surroga delle tassative indicazioni che sogliono usarsi per munire un atto della data. È indispensabile tuttavia che si tratti di designazioni precise, concordanti e chiare, altrimenti non sarebbero idonee.

La data non si potrebbe dire mancante, quando essa esistesse

---

(1) All'art. 134 la prescrizione della data fu aggiunta con regio decreto 6 dicembre 1865.

(2) I giuristi francesi non riescono a spiegare l'analoga differenza nel loro diritto, perchè il loro codice civile non attribuisce effetto interruttivo a qualunque valido atto di costituzione in mora, come fa invece il nostro. Il diverso trattamento fra la citazione nulla e quella avanti giudice incompetente sembra a loro, giustamente, poco meno che un capriccio del legislatore.

Digitized by Google

almeno in uno degli esemplari, sia quello dell'attore o quello del convenuto, poichè essenzialmente non manca allora la prova del giorno in cui la citazione fu notificata. Se vi fossero date discordanti nei due esemplari, e le parti non convenissero nel riconoscerne una per vera, dovrebbe dirsi mancante la data, per assoluta incertezza, a meno che tali ed evidenti circostanze concorressero, da stabilire indubbiamente la verità dell'una e l'erroneità dell'altra.

206. In secondo luogo l'art. 134 prescrive che siano indicati il nome e il cognome dell'attore, il nome, il cognome e la residenza, il domicilio, o la dimora del convenuto. I nomi delle parti occorrono naturalmente, essendo *le persone* dei contendenti uno dei fattori sostanziali del giudizio. La residenza, il domicilio o la dimora del convenuto, servono per stabilire il luogo nel quale è da fare la notificazione, come diremo poscia, e molte volte anche per giustificare la competenza territoriale del magistrato adìto dall'attore.

Altro estremo importantissimo è la *editio actionis*, che si compone di vari elementi, compresi nei numeri 2 e 3 dell'art. 134; essi sono:

a) l'esposizione *dei fatti in compendio*, e degli *elementi di diritto* che costituiscono la ragione dell'azione. Ogni domanda giudiziale, fu già notato (n. 25), consta di un *tema di fatto* e di *ragioni di diritto*, che insieme ne rappresentano la causale e la giustificazione. Allo svolgimento loro è dedicato l'intiero giudizio; nella citazione conviene che siano riassunti in modo succinto ma non oscuro, tanto che il convenuto possa sapere senza incertezze su quali fondamenti poggia l'azione;

b) le *conclusioni della domanda*. In esse si riepiloga lo scopo della lite intentata; nelle conclusioni sta quanto l'attore chiede che il giudice pronunzi; esse concretano l'ampiezza delle sue pretese ed insieme forniscono il criterio per la determinazione della competenza assoluta. Niun testo del codice vieta di apportare cambiamenti, nel corso del giudizio, alle conclusioni della citazione. Sono quindi permesse all'attore non solo le modificazioni della *causa petendi* che possano convenire alla migliore giustificazione della sua domanda, ma anche quelle mutazioni, in più o in meno, che *non alterino la specie dell'azione proposta* ma rendano la domanda più conforme a giustizia (v. n. 130).

Se l'indole originaria dell'azione dai cangiamenti proposti riescisse snaturata, come nella ipotesi di un vero e proprio mutamento di *oggetto della domanda*, il convenuto potrà opporsi allo esame di siffatte varianti, fondandosi sul disposto dell'art. 37, giacchè le nuove domande non sarebbero state introdotte *con atto di citazione*. Ma se le parti fossero consenzienti a discutere su qualsiasi nuova domanda, il giu-

Digitized by Google

dice non potrebbe d'uffizio respingerla, fuori del caso in cui risultassero violate le ragioni della competenza assoluta;

c) la *offerta in comunicazione dei documenti* per originale o per copia. Quando la domanda venga fondata sopra documenti, indicati direttamente o indirettamente nella citazione, deve il convenuto averne comunicazione, sia perchè essi integrano i motivi della domanda, sia perchè egli ha diritto di discuterne la concludenza e la validità. Del resto i documenti possono anche essere offerti in comunicazione durante lo svolgimento della istruttoria: nè tutti quelli che potranno occorrere all'attore è mestieri sieno mentovati nella citazione. Ciò sarebbe spesso impossibile;

d) la *indicazione della cosa* che forma oggetto della domanda, colle particolarità che servono a determinarla. Il bisogno di tale indicazione si verifica più spesso nelle azioni *reali*. La cosa dovrà essere sommariamente descritta. Trattandosi d'immobili, è da tener conto, come di norma opportuna, della regola stabilita per la loro identificazione nell'art. 1979 del cod. civile.

207. Perchè la posizione delle parti sia perfettamente uguale, è mestieri che al convenuto sia indicata la personale residenza dell'attore o un luogo dove dirigergli le notificazioni abbisognanti nel corso del giudizio, che non appartengano alla categoria di quelle che possono essere fatte al procuratore. Perciò è prescritto nel num. 5 dell'art. 134 che l'attore *dichiari* nella citazione la propria residenza, od il proprio domicilio, che può essere anche *eletto*, per l'occasione, in luogo di suo gradimento. Se l'attore non ha residenza nello stato, lo scopo della legge non sarebbe raggiunto colla semplice dichiarazione; in questa ipotesi l'attore è tenuto ad *eleggere domicilio* nel comune dove risiede l'autorità giudiziaria adìta, indicando anche, per le conseguenze previste nell'art. 40 (v. n. 50), una persona od un uffizio presso cui l'elezione s'intenda effettuata. Nei giudizi commerciali essendo permesso alle parti di difendersi in persona, si trovò necessario che fosse sempre imposta l'elezione o dichiarazione di domicilio o la dichiarazione di residenza nel comune dove risiede l'autorità giudiziaria adìta (art. 134 n. 5, e 393). Quando l'attore residente nello stato si vale della facoltà di *eleggere un domicilio*, dovrà, qualunque sia la natura della lite, attenersi alle prescrizioni suenunciate, cioè eleggerlo nel comune dove siede il magistrato con designazione di persona o di uffizio come domiciliatario.

208. La citazione deve contenere ancora *la indicazione dell'autorità giudiziaria davanti la quale si deve comparire* (art. 134 n. 4). Si comprende come questo sia elemento sostanziale della *vocatio in jus*. È comune parere che la designazione debba essere fatta *nomi-*

Digitized by Google

nativamente e che la formola d'invito a comparire davanti l'*autorità giudiziaria competente*, non soddisfi al precetto della legge, potendo infatti, specie nei riguardi della competenza *relativa*, rimanere incerto quale sia il magistrato che l'attore ha intenzione di adire. Indicando il magistrato devesi pur fare invito al convenuto perchè comparisca innanzi ad esso; non sono richiesti all'uopo termini sacramentali.

209. Una regola molto importante, destinata a guarentire la libertà di difesa del convenuto, è quella che riguarda il *termine per comparire*, l'intervallo di tempo, cioè, che deve essere lasciato fra la notificazione dell'atto di citazione e il giorno in cui scade o si verifica per lui l'obbligo di presentarsi in giudizio per esporre le proprie difese. Un attacco che non lasci tempo alla difesa, è, salvo casi eccezionalissimi di urgenza, un sopruso, che una legislazione civile non deve permettere. L'indicazione del termine è quindi parte integrante della citazione (art. 134 n. 6); ci riserviamo di esporre nel capo seguente le regole tutte concernenti questa materia.

210. Nelle cause in cui è necessario il ministero del procuratore è prescritto dal penultimo capoverso dell'art. 134 che venga indicato il di lui nome nella citazione. Veggasi in proposito quanto scriviamo al n. 227.

211. Infine è stabilito che la citazione sia *sottoscritta dall'usciere*. La firma dell'usciere imprime autenticità all'atto, che senza di essa non potrebbe avere valore giuridico; laonde è da reputare indispensabile che sia sottoscritta dall'usciere la copia destinata al convenuto, se questi deve riconoscere di essere legalmente citato in giudizio. Basta però che la firma sia apposta una sola volta, e cioè dopo la *notificazione*, della quale parliamo nei numeri seguenti. Si avverta che la firma dell'usciere ha anche un altro scopo, quello di mettere il convenuto nella possibilità di accertare la competenza di questo ufficiale. L'art. 175 della legge sull'ordinamento giudiziario, modificato colla legge 23 dicembre 1875, stabilisce quali sono i limiti in cui ciascun usciere, secondo che sia addetto ad una corte, ad un tribunale, o ad una pretura, può esercitare atti del suo ministero; e non pare dubitabile che la violazione di tali limiti importi nullità degli atti di citazione od altri, se l'art. 2128 del cod. civile parla di *nullità per incompetenza dell'ufficiale che ha eseguita la citazione od intimazione*. Di più, il codice di procedura, nell'art. 41 capoverso ultimo, commina in genere la nullità degli atti d'usciere che riguardino loro stessi, le rispettive mogli, i parenti od affini, sino al quarto grado inclusivamente.

212. Redatta la citazione (per biglietto o formale) essa non raggiunge l'intento della *vocatio in jus*, se non è *notificata al convenuto*. Ricordando le nozioni esposte ai nn. 49 e 50 non abbiamo bisogno

Digitized by Google

di illustrare maggiormente la disposizione dell'art. 135 dove è indicata come eccellente forma di notificazione la consegna fatta dall'usciere *alla persona* del convenuto. Notiamo come in questo articolo si ripeta che la copia notificata dev'essere *sottoscritta dall'usciere;* il che conferma quanto in proposito fu detto nel numero precedente.

Ma la notificazione al convenuto *in persona propria* può risultare impossibile, o perchè il convenuto non sia persona *capace*, o perchè non sia una persona *fisica*, o perchè l'usciere non riesca a trovarlo, o perchè la citazione si debba notificare in un domicilio elettivo. Per tutte queste ipotesi furono date norme chiare e specifiche nel codice: ad esse abbiamo alluso in fine del n. 49; ed eccoci ora ad esporle.

213. Le norme relative alla *capacità* per stare in giudizio come attore o convenuto sono già note (v. nn. 39, 40). È tanto logico quanto intuitivo che la citazione per produrre l'effetto normale che le conviene debba dirigersi a individuo capace di stare in giudizio, sia egli chiamato in giudizio per la propria difesa, o lo sia per quella di altri in qualità di rappresentante. Infatti, sono le norme di capacità preaccennate quelle che ispirano le distinzioni e i precetti che ora dobbiamo esporre.

Anzitutto l'art. 136 stabilisce che « chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante ». Ciò riguarda le persone fisiche *assolutamente incapaci*. Per quelle colpite da *incapacità relative*, è invece mestieri che l'atto di citazione sia diretto non meno in confronto dell'incapace che della persona incaricata di assisterlo od autorizzarlo (capoverso primo del citato articolo). Potrebbe però mancare colui che deve rappresentare l'incapace in via assoluta, o assistere l'incapace in via relativa; oppure queste persone potrebbero avere nel giudizio un interesse opposto a quello dell'incapace. In simili casi, se non è già designato e costituito un supplente, l'attore non deve soffrire ritardo all'esercizio del suo diritto; nè il convenuto deve patirne danno. Onde è data facoltà all'attore medesimo, prima di far notificare la citazione di chiedere, con *ricorso*, al conciliatore, al pretore, od al presidente del tribunale o della corte innanzi a cui dev'essere promossa la causa, la delegazione, mediante *decreto*, di un curatore speciale al convenuto. Questo curatore si troverà surrogato nella podestà del genitore, tutore, curatore o marito, a norma dei casi (capoverso secondo del citato articolo). Il curatore non è tenuto (ben lo si comprende) a sostenere spese defensionali. Laonde è fatto obbligo all'attore di anticipargliele (art. 300 regol. gen. giud.), salva rivalsa, se vincerà la lite, sul patrimonio del soccombente che sia condannato al relativo rimborso. Se poi l'attore è ammesso al beneficio del gratuito patrocinio, questo

Digitized by Google

rimane esteso di diritto anche agli atti del curatore speciale (citato articolo, reg. gen. giud.).

214. Gli enti collettivi (società, fallimento) deggiono essere citati nelle persone di coloro che sono abilitati ad agire per essi (v. nn. 42 e 43). Il che significa, in altre parole, doversi, per la regolarità della citazione, indicare in essa individualmente e per nome la persona del rappresentante citato; giacchè, se vi fosse designato soltanto l'ente rappresentato, riescirebbe impossibile stabilire la esattezza, e quindi la regolarità, dell'atto. È da notare che le disposizioni date, rispetto ai fallimenti ed alle unioni di creditori nell'articolo 137 sono oggidì sostituite da quelle dell'art. 699 del codice di commercio.

Si avverta ancora che l'art. 137 non fa menzione che delle società *di commercio*. Quanto alle società *civili*, in coerenza a ciò che fu detto nell'antecedente n. 42, le citazioni per essere regolari dovrannosi notificare a tutti i loro componenti od a quello che è investito, per pubblico e idoneo mandato, della comune rappresentanza anche in giudizio.

Gli enti morali possono abbisognare, anche per difendersi in giudizio, di autorizzazioni superiori, come fu già osservato (n. 41). Ma è chiaro che la loro citazione è completa, quando sia eseguita in confronto di quella o di quelle persone che hanno l'uffizio diretto della rappresentanza. Il simile dicasi delle pubbliche amministrazioni. Quindi (art. 138) per i comuni, le provincie, gli istituti pubblici e generalmente i corpi morali riconosciuti dalla legge, le citazioni si notificano al sindaco, al presidente della deputazione provinciale, al rettore, capo o superiore dell'ente convenuto, ovvero a colui che per designazione ed incarico legale ne fa le veci (assessore anziano, consigliere delegato, vice-presidente di un'opera pia, ecc. ecc.). Per le amministrazioni dello stato, è principio generale che la notificazione si faccia a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria adìta. Ed il reale decreto 25 giugno 1865 ebbe anche a designare partitamente, pei singoli dicasteri amministrativi, quali siano le autorità centrali o locali a cui può essere validamente notificata una citazione. S'intende poi che dove l'amministrazione è rappresentata da un uffizio al quale appartenga un certo numero di impiegati, è sempre il suo *capo* quello che possiede l'attribuzione in discorso (art. 8 del reale decreto 8 gennaio 1876).

215. In conformità a quanto fu altrove notato (n. 45), le citazioni dirette contro il patrimonio privato del re, o la lista civile, non si notificano al capo dello stato in persona, ma bensì ai capi dell'amministrazione di codesti beni, che rappresentano rispetto ad essi il re, nei rapporti civili. È pure a richiesta di questi rappresentanti che si

Digitized by Google

iniziano le azioni ai medesimi interessi relative. Sebbene non vi concorrano ragioni politiche, è accordata *honoris causa* una uguale prerogativa alla regina e ai principi della famiglia reale (articolo 138 capoverso ultimo).

216. Rispetto ai rappresentanti od assistenti di cui sin qui abbiamo parlato la legge dispone che ad essi devono essere *notificate le citazioni;* ma questa espressione va spiegata nel senso principale che ad essa il legislatore intese attribuire; cioè, nel senso che debbano tali rappresentanti essere *chiamati a comparire* in giudizio, benchè però *nella qualità* di cui sono rivestiti e per cagione della quale vengono citati. Insomma non è solo la materiale consegna dell'atto, ma la *vocatio in jus* vera e propria che debbe principalmente a loro riferirsi. Si controverte nella pratica sulla necessità che sia indicato il nome del funzionario pubblico quando si cita un'amministrazione dello stato, opinando molti che basti designare l'uffizio personale di colui che deve essere citato. Ma noi pensiamo che sarebbe imperfetta la citazione « al *Sindaco* del comune di..... » ovvero « all'*Intendente di finanza* od al *Presidente della deputazione provinciale* di..... », e via dicendo; imperocchè la citazione essendo in tutto e per tutto atto dell'usciere, e non entrando nell'uffizio di lui di certificare le qualità e le funzioni degli individui con cui il ministero suo lo pone a contatto, non è lecito conferire valore di prova indiscutibile all'implicita affermazione ch'egli verrebbe a porre in essere, che cioè è veramente il sindaco, l'intendente, ecc., quella persona innominata a cui notificò la citazione. In caso di contumacia, donde desumerebbe il giudice la prova che la provincia od il comune sieno stati realmente citati nella persona del loro capo? Solo dalla fede nell'usciere, che manifestamente viene estesa così fuor dei limiti che la legge le assegna (1). È però indifferente che la menzione del nome del rap-

(1) Tanto per le pubbliche amministrazioni come per gli altri enti morali o collettivi si disputa ancora se sia necessario indicare nella citazione il nome dell'individuo che ne assume la rappresentanza in giudizio, o se basti indicare il nome dell'ente attore, nel modo che solitamente serve per identificarlo. Noi crediamo che la regolarità tipica dell'atto di citazione si raggiunga solo con la menzione individuale e nominativa del rappresentante della parte attrice, come di quello della parte convenuta. L'articolo 134 al n. 1, senza distinguere caso da caso, impone che si indichi *il nome e il cognome* dell'attore; e con il *nome e il cognome* si identifica appunto una persona fisica determinata. D'altronde sembra giusto che il convenuto possa dalla citazione rilevare ogni elemento per apprezzarne la validità; quindi che possa, ricevendola, apprendere da essa se veramente la richiesta di citazione fu fatta all'usciere da chi aveva diritto di farla; in altre parole, se egli si trova in presenza di un legittimo contraddittore. Questa opinione ebbe finora

Digitized by Google

presentante citato sia scritta in un luogo o in un altro, purchè sia contenuta nell'atto di citazione.

217. Superfluo aggiungere che anche alle notificazioni da farsi ai rappresentanti od assistenti predetti è da applicare in principalità l'art. 135; essi devono cioè venir notificati preferibilmente, in quanto sia possibile, mediante consegna della citazione *alle persone* citate. Ora vediamo in generale come si provveda quando la persona del convenuto o citato non si possa trovare.

Dove si notifica la citazione, ossia si istituisce la ricerca della persona? Mentre per la *competenza territoriale* il domicilio e la residenza sono parificati, la notificazione della citazione è invece da effettuarsi, sempre che si possa, alla residenza, e solo ove questa non sia conosciuta, al domicilio (art. 139). Dà ragione della differenza il riflettere che lo scopo delle discipline nella presente materia è di guarentire alla notificazione la maggiore possibile *realtà* e *certezza*. Il convenuto si troverà più spesso e più facilmente nel luogo di sua dimora *abituale* (residenza) anzi che in quello fissato talvolta fittiziamente, tale altra per via di un apprezzamento legale o di una astrazione (domicilio). Adunque, se la *persona* è trovata dall'usciere, *in qualsivoglia località*, sarà bene notificata la citazione consegnandola ad essa. In caso diverso, la notificazione seguirà alla residenza o al domicilio, come s'è detto. Per le società di commercio e gli enti morali od amministrativi o gli istituti di qualunque genere che si citano nella persona del rappresentante, la *residenza* è quella dove funziona l'uffizio o l'ente di cui trattasi; mancando una sede speciale, la residenza è quella dell'amministratore o rappresentante da citarsi (art. cit., capov. primo).

Di chi non ha domicilio nè residenza noti, si farà ricerca nel luogo dove si sa che dimora. Veramente la *dimora*, come luogo per la ricerca personale, dovrebbe anteporsi alla stessa residenza, ma ben considerò il legislatore che l'informarsi giorno per giorno dei cangiamenti ch'essa può ricevere, sarebbe onere troppo grave; e quindi l'ha posta in terza linea (art. cit., capov. secondo).

218. *A chi* si dovrà *consegnare* la citazione in uno o nell'altro di codesti luoghi, supposta l'assenza del convenuto?

Gli studiosi comprendono agevolmente che qui, colla legge (articolo cit., capov. terzo), parliamo di *consegna*, perchè la citazione è

---

scarso appoggio nella pratica; lo spieghiamo osservando che per lo più la eccezione ha l'apparenza di un artifizio dilatorio; infatti, il convenuto che compare sana con la comparizione il vizio dell'atto, posto che vizio ci sia, come noi pensiamo. Intorno agli effetti della comparizione del convenuto, vedasi la sezione II del capo IV nel titolo II di questo libro.

Digitized by Google

sempre *notificata* al convenuto; solo la materiale *consegna* può venir fatta in altre mani che le sue (v. n. 49).

Le persone che la legge obbliga od abilita a ricevere la consegna sono quelle che hanno ordinaria frequenza di relazioni e contatti col convenuto; e la menzione delle medesime è fatta in una serie sufficiente per provvedere al più grande numero dei casi; la legge le dispone in ordine che degrada dalla massima alla minore abitualità ed intimità di contatti (art. cit., capoversi terzo, quarto, sesto).

Primi dunque sono menzionati gli individui della famiglia, come quelli che anche per comunanza di interesse economico o morale avranno spontanea sollecitudine di far nota al citato la domanda giudiziale direttagli, affinchè possa difendersi. Dopo di essi, gli addetti alla casa od al servizio. Nella mancanza e degli uni e degli altri si effettua la consegna al portinaio o ad un vicino, *purchè accettino* e sottoscrivano l'originale dell'atto in segno di ricevuta. Le due condizioni hanno entrambe piena giustificazione. Un estraneo non è *obbligato* a ricevere la notificazione. Il citato, i suoi famigliari, addetti, o domestici, non possono invece rifiutarla; ed in qualunque modo l'usciere lasci presso di loro la citazione, malgrado la riluttanza che oppongano, la consegna sarà sempre ben fatta. Se l'estraneo si ricusa, la legge provvede per contrario ad una forma sostitutiva di notificazione. E siccome nel caso che il portinaio o vicino *accetti* la citazione, non si ha nella qualità dei suoi vincoli col convenuto una guarentigia di zelo molto solida e sicura, vuolsi la sua firma nell'originale, come promessa ed impegno della responsabilità che assume di curare con diligenza la trasmissione della copia al citato. Ripetiamo che, malgrado tutte queste circospezioni il legislatore potrebbe forse raggiungere più presto e meglio lo scopo suo adattando il servizio postale a coadiuvare l'opera degli uscieri nelle notificazioni giudiziarie.

Al rifiuto del portinaio e dei vicini si supplisce colla affissione di un *avviso* alla porta dell'abitazione del convenuto e col *deposito* della copia della citazione nelle mani del sindaco o nella casa comunale. L'avviso conterrà semplicemente l'indicazione della esistenza della citazione e del deposito fattone all'uffizio comunale (art. 186 regol. gener. giud.). Il sindaco non ha alcun obbligo di ricercare il citato, nè di trasmettergli la citazione, fin che egli non si presenti a ricercarla; per il che non vi ha ombra di guarentigia in codesta forma. Il sindaco o chi per esso riceve la copia della citazione nella casa comunale, e ne rilascia ricevuta firmando l'originale.

Le persone che vivono a bordo di una nave mercantile od appartengono al suo equipaggio hanno residenza o dimora in essa. Non potendo applicarsi interamente le regole suesposte nei loro riguardi,

Digitized by Google

la legge dispone che qualora non si trovino in persona, sia permesso consegnare la citazione al capitano della nave od a chi ne fa le veci (articolo citato, capoverso settimo).

Pei militari *in attività di servizio*, nell'armata di terra o di mare, e gli individui loro assimilati, la notificazione che non sia fatta *in persona propria*, ma all'ordinaria residenza od al domicilio, molto spesso riescirebbe priva d'effetto reale, attesa la lontananza permanente e forzata del citato e non di rado la ignoranza in cui si trovano i parenti od amici della attuale sua dimora. Da altra parte era troppo grave prescrivere all'attore di seguire il convenuto dove realmente trovisi. Quindi il legislatore (art. 143) ha provveduto con un temperamento. La citazione che non sia notificata alla persona, ma nella residenza o nel domicilio (ordinario od elettivo), deve essere inoltre rimessa, in copia, all'uffizio del pubblico ministero funzionante presso il tribunale nella cui giurisdizione è promossa la lite. Il pubblico ministero deve farne l'invio al comandante militare o a quello marittimo da cui dipende lo stesso territorio del giudice adìto; e questi a sua volta ne cura la trasmissione all'interessato (1). È da tener presente però che la citazione si considera notificata sin dal momento in cui l'atto è consegnato al pubblico ministero (art. 144).

219. Due obblighi complementari incombono all'usciere nell'esecuzione delle pratiche di cui si è fatto cenno. Quello, in primo luogo, di consegnare la copia della citazione soltanto nelle mani di una persona capace per sanità di raziocinio e per età di apprezzare l'importanza dell'incarico che assume. La legge per fissare quale età debba avere il consegnatario (capov. quinto dell'art. 139) trovò opportuno di riferirsi a quella in cui si acquista la capacità di far testimonianza (anni quattordici), appunto perchè chi ritira la copia sia in grado di attestarne giudizialmente, nel caso di contestazioni. Però è ammesso che l'usciere non abbia debito di adoprare nelle sue indagini più che un moderato rigore; quindi se la persona a cui egli si rivolge offre ragionevoli apparenze di sanità mentale e di età non inferiore a quella prescritta, la consegna le sarà regolarmente fatta. A tale proposito la legge vuole che la capacità si presuma *fino a prova contraria;* cioè attribuisce alla implicita attestazione dell'usciere il valore d'una presunzione *hominis*, che può essere distrutta mediante prova contraria, senza bisogno di iscrizione in falso.

Il secondo obbligo è quello di far menzione nell'atto di notifica-

(1) A quest'effetto l'usciere deve fornire al ministero pubblico la designazione del corpo a cui il militare appartiene (art. 187 regolamento generale giudiziario).

Digitized by Google

zione di tutte le particolarità relative al suo eseguimento (capoverso ultimo dell'art. 139). Quindi si specificherà che la persona del convenuto fu cercata alla sua residenza, e successivamente al domicilio, ovvero anche alla dimora; che il consegnatario dell'atto è persona di famiglia o di servizio; quale fu la causa per cui si consegnò invece che a queste ad altre persone, ecc. E tutto ciò per accertare la osservanza della legge, il cui intento è di non ammettere le forme di notificazione meno certe, se non quando sieno ineseguibili quelle reputate più certe.

220. Tutto l'adempimento di queste formalità si attiene alla *notificazione*, la quale pertanto è una specie di *processo verbale* o di certificato che fa fede dell'operato dell'usciere. E come tale, nel mentre che ha valore di *piena prova*, si distingue anche nettamente dalle altre parti della citazione, specificate nell'art. 134, delle quali il maggior numero contiene la ripetizione che fa l'usciere di fatti esposti e di dichiarazioni espresse dalla parte richiedente, e solo due, la data e la menzione della richiesta, sono suggellate dalla piena fede derivante dal carattere pubblico dell'usciere, laonde non potrebbero essere impugnate nella loro verità intrinseca se non mediante *querela di falso*.

221. Nel caso di notificazione al domicilio eletto presso una persona od un uffizio (art. 140), la *consegna* della citazione si farà nei modi sopradetti, iniziandola colla ricerca della persona o del titolare dell'uffizio presso cui fu eletto il domicilio (v. n. 50).

222. Ma un individuo può *non avere domicilio* e nemmeno *residenza*, o, quel che fa lo stesso, l'attore può *ignorarli;* ed insieme può esserne *ignota* anche la *dimora* (questa non manca in verun caso). La citazione allora viene fatta in una forma speciale, sprovvista però di serie guarentigie (art. 141). Della citazione si affigge una copia alla porta esterna della sede del magistrato adìto; un'altra copia si consegna all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale nella cui giurisdizione è promossa la lite. Infine un *sunto*, redatto e firmato dall'usciere, ne vien *pubblicato* nel foglio degli annunzi legali della provincia.

Nessun obbligo è imposto al ministero pubblico di curare la consegna della citazione o la ricerca dell'interessato; quanto alla copia affissa alla porta della residenza del giudizio, avendo già veduto (al n. 162) come nel caso in esame l'attore possa scegliere il più delle volte il magistrato che a lui conviene, basta questo per dimostrare essere assai poco presumibile che giunga essa a notizia del convenuto. Infine sulla pubblicità per la stampa non è da fare alcun serio assegnamento, dappoichè il foglio degli annunzi legali, giusta la legge 30 giugno 1876, essendo destinato in via esclusiva a contenere questa materia, finisce coll'avere una ben

Digitized by Google

scarsa diffusione e non è realmente noto che ai pochissimi tenuti ad avervi dimestichezza per ragione d'uffizio o d'affari. Noi preferiamo il metodo accolto dal legislatore germanico (§§ 186, 187) che si giova pure della pubblicità, ma prescrive anzitutto che l'attore debba conseguire l'autorizzazione del tribunale onde potersi valere di questo mezzo straordinario di citazione; poi stabilisce che la citazione sia affissa alla porta del tribunale in copia esatta, ed inserita per estratto *due volte* nel foglio degli annunzi legali del luogo (che però è un giornale politico) ed *una volta* nel *Deutscher Reichsanzeiger* (gazzetta ufficiale dell'impero), non che in quegli altri giornali e per quel numero di volte che il tribunale trovasse opportuno di destinare. L'intervento dell'autorità giudiziaria elimina anche l'inconveniente del sistema nostro, secondo il quale basta siano ignorati *dall'attore e dall'usciere* la dimora, la residenza e il domicilio del convenuto, perchè si possa far luogo alla citazione nei modi ora detti.

223. Le forme medesime indicate nel numero precedente si osservano per la citazione di chi non ha residenza, domicilio, o dimora nello stato, sia egli nazionale o straniero, quando però se ne conosca il luogo di residenza o dimora.

In questo caso (art. 142) il pubblico ministero deve trasmettere la copia della citazione al ministro degli affari esteri, che ne cura la comunicazione al convenuto per le vie diplomatiche (1). Tanto la notificazione qui menzionata come quella dell'art. 141 si considerano compiute coll'adempimento delle formalità imposte all'attore; rimane invero troppo incerto il se e il quando la citazione potrà realmente venir conosciuta dal citato, perchè a codesto momento la legge possa riferirsi per qualsivoglia effetto.

224. Per ultimo è da accennare alla citazione *per pubblici proclami*, forma eccezionalissima che il codice permette (art. 146) quando quella individuale fosse *sommamente difficile* (e queste parole dicono tutto il pensiero del legislatore) per il *numero* delle persone da citarsi. A meglio accertare tale difficoltà concorre qualche volta la irreperibilità di molti degli individui da citarsi. Consiste questa forma nella citazione meramente *resa pubblica per la stampa*, e, in quanto sia possibile, anche notificata a qualcuno dei convenuti, nei modi ordinari. Troppo scarsa essendo riconosciuta la pubblicità del foglio degli annunzi legali del luogo dove s'instaura il giudizio, è ordinata la stampa della citazione anche nella gazzetta ufficiale del regno. Non

(1) L'art. 187 del regolamento giudiziario fa obbligo all'usciere di fornire a tale effetto, all'uffizio del pubblico ministero, l'indicazione della residenza del convenuto.

Digitized by Google

è però lasciata senza serie guarentigie la evidente necessità di restringere l'uso di simile forma al minor numero dei casi. Essa deve essere autorizzata preventivamente per decreto dell'autorità giudiziaria che si intende adire, la quale è tenuta a sentire il voto del pubblico ministero. E siccome presso le preture ed i conciliatori non v'è codesto uffizio, le autorizzazioni devono, pei giudizi di loro competenza, essere richieste al tribunale od alla corte d'appello da cui rispettivamente dipendono (capov. art. cit.). La domanda di autorizzazione è fatta mediante *ricorso* (art. 188 regol. gen. giudiz.), come materia da trattarsi senza contraddittore. Il codice ha cura di dichiarare che nell'accogliere l'istanza il tribunale o la corte potranno imporre le *cautele consigliate dalle circostanze;* tali potranno essere la reiterazione della inserzione, ovvero la pubblicazione in qualche altro giornale, ecc.

225. Dopo aver passate così in rassegna le diverse formalità e i loro modi di adempimento, dobbiamo avvertire che vi ha un caso particolare in cui espressamente la legge autorizza a citare il *rappresentante convenzionale* della parte, in luogo di essa. E questo è indicato nel capoverso dell'art. 142, giusta il quale, se colui che non ha nello stato residenza, domicilio, nè dimora, vi tenga un *procuratore generale*, può essere citato nella persona di esso. Il nome di procuratore generale, nel linguaggio del codice civile (art. 1741), significa il mandatario incaricato in genere dei semplici atti d'amministrazione. È dunque una facilitazione quella che accorda la legge nel caso in discorso, giacchè un simile mandatario non possiede veramente i poteri della rappresentanza giudiziale. Ma è da ritenere che un procuratore il quale sia investito *specialmente* della facoltà di rappresentare in giudizio il suo mandante, potrebbe sempre essere citato in di lui vece, se anche questi abbia nello stato la residenza, il domicilio o la dimora.

La scelta tra le due forme di citazione autorizzate dall'art. 142 è affatto libera per l'attore.

226. L'importanza capitale che possiede l'atto di citazione rispetto a tutto il giudizio rendeva indispensabile che la legge, allo ordinamento delle formalità, aggiungesse le opportune sanzioni.

Quindi è comminata la nullità di esso:

1° Se vi manchi la sottoscrizione dell'usciere, o quella del vicino o portinaio, del sindaco o suo incaricato che riceve la copia. Relativamente alla sottoscrizione dell'usciere veggasi l'osservazione fatta nel n. 211. Ciò che importa *in tutti i casi*, è che sia firmata la copia che si consegna al convenuto od a chi per esso. Nel caso di sua comparizione in giudizio egli non potrebbe dunque opporre la nullità pel difetto di firma nell'originale. Ma se egli si rende contumace, e nell'originale manca la firma, la citazione sarà dichiarata nulla, non

Digitized by Google

potendo il giudice, davanti a simile irregolarità, presumere regolare la copia notificata (art. 145 n. 1);

2° Se per inosservanza delle altre regole stabilite negli articoli 133 e 134 vi sia incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda o sul termine a comparire, o sull'autorità giudiziaria davanti a cui è promossa la causa. Qui si tratta di violazione di forme *essenziali*, onde la legge dopo averle indicate sommariamente, le abbandona al particolare apprezzamento del giudice nei singoli casi. La incertezza del termine a comparire può dipendere dalla mancanza od incertezza *della data* (dalla quale appunto il termine decorre); quindi la sanzione della nullità pel difetto o per i vizi della data può considerarsi qui stabilita implicitamente dal legislatore (art. cit. n. 2);

3° Se siansi violate le norme relative alla persona *che deve essere citata;* il che riguarda specialmente i casi di rappresentanza o di assistenza d'incapaci od enti morali (art. cit. n. 3 in principio);

4° Se siansi violate infine le norme relative *alla notificazione*, quelle cioè che riguardano la persona a cui deve essere consegnata la copia, oppure le affissioni degli avvisi e delle copie, od anche il loro deposito o la consegna in uffizi pubblici (art. cit. n. 3 in fine e n. 4). Le nullità che colpiscono semplicemente *la notificazione* lasciano sussistere nondimeno l'efficacia della citazione a impedire ogni decadenza di diritto o di termini, purchè la citazione stessa sia rinnovata nel nuovo termine da stabilirsi dall'autorità giudiziaria. La ragione di questo disposto (capov. dell'articolo citato) sta nella considerazione che sarebbe ingiusto far ricadere sulla parte in modo troppo grave le conseguenze d'un errore che è tutto dell'usciere. Quindi, se da un lato deriva da esso una parziale restrizione al senso dell'articolo 2128 codice civile, bisogna d'altronde limitare l'applicazione del capoverso dell'art. 145 ai puri e semplici vizi *della notificazione*, che sono quelli or ora mentovati. E sarebbe erroneo estenderla, per esempio, anche alla designazione *del termine per comparire*, che può essere fornita e predisposta dalla parte. Sarebbero da fare considerazioni differenti circa il difetto *della data*, che è veramente opera dell'usciere. E in proposito giova riflettere che la data, nella citazione, stabilisce in qual giorno o in quale ora essa *è notificata*, onde è elemento della notificazione.

227. Non è da escludere che per difetto di altri *elementi essenziali*, non contemplati dall'articolo 145, la citazione possa venir annullata in base al precetto generale del primo capoverso dell'articolo 56. Così, riguardo alle citazioni per pubblici proclami, non vi hanno nel codice specifiche comminatorie di nullità, ma sarà sempre applicabile la norma predetta. In base alla stessa regola generale ora rammentata va risolta inoltre la questione circa l'indi-

Digitized by Google

cazione *del nome del procuratore*. Non sempre è *essenziale* nella citazione questo elemento; ma solo quando si tratti di citazione a *procedimento formale*, essendo quivi necessario che il convenuto sappia chi è il procuratore dell'attore, per potergli notificare la propria comparizione in giudizio, come vedremo nel titolo seguente. Occorre dunque in questo procedimento che il nome del procuratore dell'attore sia reso noto al convenuto o colla citazione, o con un atto suppletivo, prima che scada il termine per comparire. Nelle altre forme di giudizio, cessa, per la mancanza dell'accennato motivo, di aver carattere di *essenziale* la formalità in discorso.

228. Si ebbe disputa sul punto se le *domande riconvenzionali* debbano essere proposte anch'esse mediante *citazione*. Chi sostenne l'affermativa, ne volle dedurre le ragioni dalla regola generale dell'articolo 37; ma prevale l'opinione contraria, pur riconoscendosi che la proposta delle medesime con atto di citazione costituirebbe una esuberanza di cautela, non certamente nociva.

229. È argomento pure controverso l'ammissibilità del *cumulo subbiettivo* di domande (v. n. 119). Si vuole dal citato art. 37 desumere una decisione contraria ad esso; ma per verità se anche più domande siano da diversi individui, *per titoli distinti*, riunite in una sola citazione, non per questo è lecito affermare che ciascuna domanda non si trovi proposta con citazione. Reputiamo tuttavia che, in simile caso, *come mezzo di difesa*, possa concedersi al convenuto, od ai convenuti, di dimostrare la convenienza di separare le istruttorie ed i giudizi sulle domande che non hanno fra loro vincolo di connessione; e il magistrato che riconosca tale convenienza provvederà in modo conforme. Tale regola sarebbe da applicare anche ai casi di istanze riconvenzionali *non connesse* per alcuno dei titoli previsti dalla legge (art. 100, — v. n. 179), all'azione principale, ma soggette alla competenza del magistrato investito di questa, e che il convenuto, per siffatta considerazione, si fosse creduto autorizzato a proporre in giudizio.

CAPO II.

Termini per comparire.

230. *Comparire* (in giudizio) non significa sempre presentarsi in persona, o per mezzo di procuratore, al cospetto del giudice, ma talvolta dinota invece il fatto di proporre, in forma scritta, una domanda, o la legale manifestazione, in uguale forma, della volontà di opporsi alla medesima e di impegnare una discussione giudiziaria. L'uno o l'altro valore del vocabolo è praticamente determinato dalla

Digitized by Google

qualità del procedimento, come si vedrà nei titoli seguenti. Quando la citazione ha luogo in un procedimento nel quale la *comparizione* si effettua mediante dichiarazioni in atti scritti, si deve citare il convenuto *a comparire entro un determinato numero di giorni;* quando la comparizione ha luogo davanti il giudice a giorno fisso, la citazione contiene l'invito a *comparire ad una determinata udienza.* Il numero dei giorni assegnati nel primo caso, l'intervallo che precede l'udienza nel secondo caso, costituiscono il *termine per comparire*, che già abbiamo dimostrato (n. 209) doversi per indeclinabile misura di giustizia accordare al convenuto, affinchè possa predisporre la propria difesa.

231. La dottrina non fornisce teorie per la misurazione dei termini a comparire; a ordinarla, il legislatore deve procedere con criterio prudente ed avveduto, per evitare larghezze o restrizioni del pari ingiuste e contrarie allo scopo. Ma il metodo generale da adottare per la assegnazione dei termini, si fonda su certi elementi razionali. Anzitutto è manifesto che la lontananza dei luoghi sarà sempre un giusto motivo per proporzionarvi la lunghezza dei termini, pur dovendosi tenere conto della moderna molteplicità e rapidità delle comunicazioni. E ciò consiglia di respingere i sistemi in cui il termine è uniforme per qualunque distanza. Inoltre la più grave importanza della lite può consigliare che si conceda un maggiore agio ai preparativi di difesa. Ma in ogni caso le ragioni d'urgenza devono essere ammesse per derogare alle misure consuete, le quali, appunto perchè adatte ai casi ordinari, non lo sarebbero per quelli eccezionali. I termini rappresentano un *mezzo* per l'esercizio corretto della giustizia, non un *fine* di giustizia in sè stessi.

232. Il nostro legislatore ha reso omaggio a questi suggerimenti della ragione. Esso ha proporzionati i termini alle distanze dei luoghi; ma poichè le misure chilometriche da un punto all'altro del territorio dello stato avrebbero costituito un criterio di troppo difficile applicazione, seguì linee più ampie e di più pronta percezione, cioè prese a considerare i rapporti di vicinanza delle varie circoscrizioni territoriali giudiziarie, che all'uopo distinse come *limitrofe* o *non limitrofe* fra loro. Le maggiori circoscrizioni giudiziarie dividono il territorio dello stato in tanti circoli (per modo di dire), le circonferenze dei quali sono a contatto senza intersecarsi. Le minori circoscrizioni sono analogamente distribuite nell'interno delle maggiori. Perciò il concetto di territori giudiziari limitrofi o non limitrofi può avere esplicazioni diverse, e serve a raffigurare i rapporti topografici fra i territori medesimi. Due circoscrizioni *non limitrofe*, ma comprese in una stessa circoscrizione maggiore, sono più vicine di altre due che pur essendo

Digitized by Google

non limitrofe appartengano a due circoscrizioni maggiori distinte; e secondo che a loro volta queste siano limitrofe o non limitrofe ne deriva un rapporto topografico diverso fra le circoscrizioni in esse contenute. Così due mandamenti non limitrofi possono essere compresi nella giurisdizione del medesimo tribunale, o in quelle distinte di due tribunali, i quali a lor volta possono essere limitrofi o no, compresi nel distretto della medesima corte d'appello, o in due distretti limitrofi, o non limitrofi, e via dicendo.

Il criterio di assegnare termini più brevi quando si applicano a luoghi compresi in circoscrizioni giudiziarie più vicine, è il più semplice e facile nella pratica. Ma un'altra questione rimaneva da chiarire. Quali sono i punti estremi fra cui le distanze si devono misurare? Certamente, uno è il luogo *nel quale si deve comparire*, quello cioè dove ha sede l'autorità giudiziaria adìta. L'altro da taluni legislatori fu identificato col luogo dove *si trova il convenuto;* il nostro codice, più razionalmente, lo indicò in quello dove *viene eseguita la citazione.* Si è potuto vedere nel capo precedente come non sempre, nè necessariamente, essa si notifichi alla persona del convenuto, vale a dire nel luogo dove egli si trova. Il sistema del nostro codice è adunque il più logico. Infatti là dove è fatta la citazione, ivi la legge *presume* la presenza del convenuto, poichè tutte le varie forme di notificazione non sono altro che surrogati e succedanei di quella *alla persona.* D'altronde, quando la persona *non si trova*, riesce impossibile misurare il termine dalla distanza del luogo *dove si trova;* e non è più una semplice finzione ma una necessità imprescindibile lo intendere per luogo dove si trova il convenuto quello dove si notifica la citazione, anche nella pratica applicazione di quelle leggi che hanno voluto tener conto del luogo *dove si trova il citato.*

233. I termini per comparire stabiliti dal codice sono distinti in tre serie: una di termini più brevi, per le cause di competenza dei conciliatori e dei pretori e per le liti commerciali di competenza dei tribunali e delle corti d'appello; una seconda di termini maggiori, applicati rispettivamente ai medesimi rapporti di distanza, per le liti civili di competenza dei tribunali e delle corti d'appello (per i giudizi in cassazione vi sono termini speciali indicati al n. 627); una terza serie infine è composta di termini comuni alle competenze predette di tutti i giudici di primo e di secondo grado, e riguarda le distanze più rilevanti, rispetto alle quali parve che non si potesse accordare per le cause minori un termine più breve che per le maggiori, prevalendo per la determinazione della sua misura la ragione della distanza su quella dell'entità della causa. Per le liti in materia di commercio, l'applicazione dei termini più brevi, della prima serie predetta, fu

Digitized by Google

ordinata dall'art. 876 del codice di commercio, che in questa parte modificò le norme del codice di procedura (1).

Pertanto il termine a comparire innanzi i conciliatori e i pretori e davanti ai tribunali e alle corti d'appello in affari di commercio, è di giorni *due* se il luogo in cui si fa la citazione e quello in cui si deve comparire sono nel territorio dello stesso comune; di *tre*, se in comuni diversi dello stesso mandamento: di *quattro* se in mandamenti limitrofi; di *sei* se in mandamenti non limitrofi ma compresi nella giurisdizione dello stesso tribunale; di *dieci* se in giurisdizioni di tribunali limitrofe, o comprese in quella di una medesima corte d'appello (art. 147).

Il termine a comparire davanti i tribunali e le corti d'appello in affari civili è di *dieci* giorni, se il luogo in cui si eseguisce la citazione e quello in cui si deve comparire sono nel territorio dello stesso comune o dello stesso mandamento; è di *dodici*, se sono in mandamenti diversi ma nel circondario dello stesso tribunale; di *quindici*, se sono in giurisdizioni limitrofe di tribunali od in quella della medesima corte d'appello (art. 148 nn. 1 a 3).

Il termine poi è di giorni *venti*, per qualunque causa di primo o di secondo grado, se il luogo della citazione e quello della comparizione sono in giurisdizioni non limitrofe di tribunali ma comprese in giurisdizioni limitrofe di corti d'appello; di giorni *venticinque in tutti gli altri casi* (nn. 4 e 5 del citato art.). Gli *altri casi* collettivamente designati dal legislatore, sono evidentemente quelli che completano la serie delle ipotesi già fatte: e cioè, di luoghi in giurisdizioni di corti di appello non limitrofe (2), ma soggette alla stessa corte di cassazione, ovvero in giurisdizioni di corti di cassazione limitrofe, od infine in giurisdizioni di corti di cassazione non limitrofe. Erra pertanto chi vuol applicare il termine di venticinque giorni, *costantemente*, alla citazione da farsi nella forma dell'art. 141, al convenuto che non ha residenza, domicilio o dimora conosciuta. La misura del termine, lo ripetiamo ancora, non è stabilita in relazione al luogo *dove si trova il convenuto;* perciò il legislatore parlando di *altri casi*, non può aver

---

(1) Non si deve tacere che, la brevità, non insufficiente, dei termini, essendo un coefficiente di buono ordinamento procedurale, sarebbe utile estendere alle materie civili di competenza dei tribunali e delle corti d'appello le diminuzioni introdotte dal codice di commercio per le materie commerciali, e si potrebbero altresì abbreviare per tutte le giurisdizioni, i termini stabiliti ai nn. 4 e 5 dell'art. 148.

(2) Le giurisdizioni territoriali separate dal mare non sono reputate limitrofe (art. 149).

Digitized by Google

alluso a quello di un convenuto che *si trova in luogo ignoto*. La misura è stabilita invece con riguardo alla distanza fra il luogo *dove si fa la citazione* e quello in cui *si deve comparire;* ora, il luogo dove si fa la citazione, nelle forme dell'art. 141, è un luogo noto e determinato; laonde dalla distanza fra esso e il luogo di comparizione si desume la misura del termine. Il che è di certo conforme al volere della legge; nè giova invocare l'equità per scostarsi dalla chiara interpretazione letterale; il dire più equa l'assegnazione di venticinque giorni anzichè di dieci, o di due, per comparire in giudizio, a colui che *non si sa dove sia*, non ha nessun valore logico; d'altronde, l'abbiamo già detto, il legislatore *presume* in tutti i casi che il convenuto si trovi là dove gli viene notificata la citazione.

234. I termini segnati dal codice sono *minimi;* tanto l'art. 147 che l'art. 148 lo esprimono chiaramente. Potrà dunque l'attore assegnare termini *superiori*, non mai *inferiori* a quelli legali. Quando avvenga però che l'attore assegni alla comparizione un termine tanto lungo da riescire nocivo all'interesse del convenuto il protrarre per tutta la sua durata la attesa del giudizio, questi ha facoltà di ridurlo in limiti *non inferiori a quelli legali*, al quale effetto la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto nel citato di far notificare all'attore una *controcitazione* a più breve termine.

235. Se il termine assegnato non raggiunge il minimo stabilito dalla legge, la citazione è nulla (art. 153); qui si verifica difetto di una formalità *essenziale*, e l'indicata sanzione è senza dubbio legittima. Ma l'art. 145 parla anche di *incertezza* del termine, come un titolo di nullità. Fu disputato se il citare un convenuto a comparire *nel termine legale* senza indicare concretamente il numero dei giorni, costituirebbe tale incertezza da indurne la nullità della citazione. Noi crediamo che si debba rispondere negativamente, quando si tratta di procedimento formale, cioè di citazione che non deve contenere destinazione di udienza fissa (1); consideriamo, infatti, che la citazione deve indicare senza ambiguità alcuna in quale luogo essa viene eseguita e quale è la sede dell'autorità giudiziaria innanzi a cui si deve comparire. Il convenuto non ha così maggiore difficoltà a tradurre in numeri la durata del termine di quella che avrebbe l'attore; manca ogni ragione, adunque, per parlare qui di *incertezza assoluta*. Altri casi in cui questo vizio possa verificarsi non sono da

(1) Se, per la natura del procedimento, il convenuto dovesse conoscere la data dell'udienza a cui l'attore lo invita a comparire, la citazione a comparire nel *termine legale* potrebbe invece, talvolta, apparire viziata per incertezza assoluta del termine.

Digitized by Google

escludere; l'apprezzamento dei medesimi è lasciato alla discrezione del giudice.

236. I termini che abbiamo rammentati dianzi non si reputarono adeguati al caso in cui si tratti di citare chi risiede o dimora all'estero. Quindi fu graduata a quest'effetto (art. 150) un'altra serie di termini, uniformi per qualunque sede e competenza di giudizio; essi sono: *quaranta* giorni per comparire da uno stato limitrofo; *novanta* da uno stato europeo non limitrofo; *centottanta* da uno stato non europeo. Anche questi termini, nelle condizioni attuali dei mezzi di trasporto, potrebbero essere ridotti.

Inoltre per le citazioni da farsi per mezzo di *pubblici proclami*, è stato prescritto che i termini vengano dalle corti o dai tribunali stabiliti, *secondo le circostanze* (art. 152), nel decreto di autorizzazione. La ragione ne è intuitiva; però essa vale a giustificare l'imposizione di termini eccezionalmente lunghi, non mai quella di termini più brevi dei legali.

237. Il rigoroso rispetto del termine, siccome da principio notammo cede dinanzi all'urgenza di un giudizio; poichè se quello ha ragione dalla *utilità*, questa ha ragione dalla *necessità*. Indispensabilmente doveva preoccuparsene il legislatore. Sarebbe stato inopportuno lasciare senza controllo l'affermazione dell'urgenza, fornendo un facile pretesto all'attore per sorprendere il convenuto indifeso. Quindi, mentre si concede che nei casi *i quali richiedano pronta spedizione* i termini ordinari possano essere abbreviati, è prescritto che la domanda di abbreviazione sia presentata dall'attore, prima di far notificare la citazione, al conciliatore, al pretore, od al presidente del tribunale o della corte, che la accoglierà qualora ne riconosca il fondamento (art. 154). La domanda è fatta mediante *ricorso* dell'attore o del suo procuratore; su di esso si provvede con *decreto;* entrambi sono stesi a piedi dell'atto originale di citazione predisposto (il che dimostra una volta di più come la *editio actionis* non possa essere opera che della parte o del suo procuratore) e vengono trascritti anche nella copia da notificarsi (art. cit., e art. 189 reg. gen. giudiz.).

238. L'abbreviazione del termine ha certi limiti; infatti è sempre necessario che esso sia abbastanza lungo da permettere al convenuto, se non di preparare la difesa sua, almeno di aver *notizia* della chiamata in giudizio, e *tempo* per presentarsi. Quindi non è permesso ridurre i termini *a ore*, se non quando la citazione sia eseguita *nel comune medesimo* nel quale si deve comparire e si tratti di comparire davanti al conciliatore o al pretore, ovvero davanti un tribunale in materia commerciale. Il termine di dieci giorni per comparire avanti i tribunali civili può essere ridotto anche *ad un giorno solo*, che è

Digitized by Google

certo sufficiente, nell'ipotesi contemplata dal num. 1 dell'articolo 148. Tutti gli altri termini degli articoli 147, 148 e 150 possono essere ridotti fino alla metà, ma non oltre (cit. art. 154).

239. Una speciale disposizione provvede al caso in cui siano citati più convenuti. Le notificazioni potendo aver luogo in giorni diversi, occorre che ogni citato fruisca del proprio termine legale. Ma all'uopo fu fatta una distinzione. Se più individui sono citati a comparire ad una udienza fissa, la distanza dal giorno dell'ultima notificazione a quello dell'udienza deve corrispondere almeno al termine legale; quindi i primi citati fruiranno di un termine più lungo. Se sono citati a comparire entro un determinato numero di giorni, il termine decorre per ciascuno dal giorno in cui gli è notificata la citazione; nè importa se scada in giorni diversi pei singoli citati, poichè ognuno, comparendo nel termine assegnatogli, tutela il proprio interesse ed evita qualsiasi incertezza (art. 151).

Digitized by Google

TITOLO II.

IL PROCEDIMENTO FORMALE

CAPO I.

Cenni preliminari.

240. Proposta la domanda giudiziale colla citazione, il processo ha d'uopo di essere completato, mercè lo sviluppo dell'istanza e delle difese, e la presentazione delle prove rispettive. Le forme del processo civile, posteriori alla citazione, deggiono adunque essere indirizzate specialmente al doppio scopo di far emergere la *verità* intorno al *fatto* controverso — merce *l'istruttoria*, — e di lasciare svolgere a ciascuna delle parti le proprie ragioni di *diritto*, — mediante la *discussione*, — fino a che abbiano raccolti tutti i materiali che presenteranno al giudice per ottenere la sentenza.

L'*istruttoria* non può mai in due giudizi svolgersi in modo perfettamente eguale, giacchè diverse sono sempre le circostanze e le particolarità di ciascun'azione. Ma è certo che una generale distinzione può essere tracciata fra i giudizi nei quali l'istruttoria è *già predisposta*, nei quali, cioè, basta discutere sopra le emergenze di *prove scritte preesistenti;* e gli altri in cui le prove *deggionsi raccogliere* mediante atti ed indagini apposite da istituire nel corso del processo, come le deposizioni di testimoni, la vista di cose o di luoghi, le relazioni di periti, il giuramento di una delle parti. Alla prima categoria possono essere aggiunte quelle liti in cui la spontanea confessione di una delle parti fa venir meno il bisogno d'altre ricerche; alla seconda, le azioni che sebbene fondate originariamente sovra prove scritte, provocano contestazioni fra gli interessati intorno a tali prove, vuoi perchè s'impugni la verità del documento pubblico o l'autografia della scrittura privata, vuoi perchè solamente se ne contraddica il contenuto o l'interpretazione, od oppongansi circostanze di fatto nuove per distruggerne l'effetto probatorio.

Digitized by Google

Onde per questo riguardo i giudizi si dividono facilmente in due classi, secondo che abbisognano o meno d'*istruzione orale*, cioè di servire essi medesimi alla *formazione delle prove;* ma è difficilissimo, per non dire impossibile, stabilire sull'inizio di un'azione a quale delle medesime si debba ascriverla, poichè molto dipende, per tale effetto, dal contegno della parte convenuta. Le leggi processuali non saprebbero esimersi dal tener conto della distinzione, dovendo esse apprestare mezzi idonei e guarentigie serie alla esecuzione delle indagini probatorie, ma nel tempo stesso esonerare dalle relative formalità e dalle perdite di tempo e di spesa che ne conseguono, le liti che non ne hanno mestieri. L'imbarazzo più grave è però quello, non già di creare due o più forme di procedimento, ma di destinare le domande giudiziali a seguire piuttosto l'una che l'altra.

Il nostro legislatore ha accolto il partito di istituire due forme di procedura istruttoria innanzi i tribunali e le corti d'appello; l'una adatta a tutti i bisogni delle più lunghe e delicate indagini in corso di lite; e questa è il *procedimento formale;* l'altra che suppone escluso ogni bisogno di siffatte indagini; ed è il *procedimento sommario* (art. 155). Nè poteva a meno, posta questa base, di qualificare per *ordinario* il rito formale e per *eccezionale* il sommario, avvegnachè appunto sia troppo malagevole lo stabilire *a priori* che vi siano cause non bisognevoli d'istruzione orale. Ma due ragioni principali hanno concorso a rendere infelice la prova del sistema così organizzato. In primo luogo, il desiderio, naturale in chi inizia una lite, di mandarla a termine il più presto possibile, ha condotto, per una via aperta dalla legge e che più tardi conosceremo, a rendere assai più usato il rito *sommario* del formale, quantunque non sempre il vagheggiato fine così si raggiunga, come verrà dimostrato. In secondo luogo l'aver vincolato l'esercizio di ogni azione alle forme solenni della preventiva *vocatio in jus* e al bisogno di una discussione e di una sentenza, rende già molte volte soverchiamente lungo e dispendioso il procedimento sommario, che pure è preferito in mancanza di meglio e che anzi il codice di commercio del 1882 ha creduto bene di rendere *ordinario* ed *obbligatorio* nelle cause commerciali. Da qui voti incessanti per la riforma del sistema, seguiti insino ad oggi da una serie di progetti che tutti naufragarono tra gli scogli delle discussioni parlamentari (1).

---

(1) Dell'ultimo progetto presentato al senato (nella sessione 1892-93) fu impedito ogni esame dalla caduta del ministro proponente (Bonacci). Quel progetto era stato compilato, quasi interamente, sulle tracce delle deliberazioni votate ad unanimità di suffragi dal congresso giuridico nazionale raccolto in Firenze nel 1891, a proposta e relazione dello scrivente.

Digitized by Google

241. Non è qui nostro proposito fare analisi più minute od esporre idee di riforma. Ci sia solo concesso di aggiungere poche parole sull'argomento gravissimo. Pei giudizi avanti i pretori, il codice ha adottato una procedura che, sebbene riceva il nome di *sommaria*, partecipa del sommario e del formale. Essa offre forse il modello per un *tipo unico* di procedimento da applicare anche ai tribunali ed alle corti, con opportuni adattamenti, in quanto la lunghezza del giudizio, la complicazione delle formalità, vi sono determinate esclusivamente dall'indirizzo che imprime alla controversia la *contestazione della lite*, successiva alla citazione. Ma una riforma su questa base non appagherebbe da sola i bisogni del fôro. Sarebbe ad ogni modo indispensabile che, imitando quel che già fecero altri legislatori, il nostro rendesse possibile l'esercizio dell'azione, in una forma ancora più spedita, prescindendo dal bisogno del procedimento di dichiarazione, in ogni caso in cui ciò può essere fatto senza pericolo per la buona amministrazione della giustizia. Quando una domanda è fondata su prova scritta di regolare apparenza, dovrebbe bastare un decreto di giudice, emanato senza preventivo contraddittorio o citazione, per abilitare l'attore a procedere in via di esecuzione forzata, dopo un breve termine posteriore alla notificazione del decreto medesimo, e salva la facoltà per l'intimato di provocare il contraddittorio e la discussione, se creda d'avere motivi d'opposizione. Nel qual caso, per massima, dovrebbe restare interrotto il procedimento esecutivo, fino a decisione della controversia. A chi consideri che una grossa percentuale delle sentenze rese dai nostri magistrati è costituita da *sentenze contumaciali* contro le quali ben di rado sorgono opposizioni od appelli, non può esitare a riconoscere come sarebbe inestimabile vantaggio lo sgombrare da un ammasso d'inutile lavoro le aule dei nostri tribunali. Ed osiamo affermare che senza la solida base di una consimile riforma del procedimento, neppure una sana rinnovazione dell'ordinamento giudiziario riescirà mai possibile ed efficace, il che può spiegare la inanità di tutti i tentativi isolati di riforma in questa importantissima materia. Non vogliamo violato nessuno dei principii cardinali del diritto processuale; la giustizia dev'essere libera ed uguale per tutti. Ma dove, in luogo di *controversie*, non vi sono che semplici riluttanze di debitori insolventi o negligenti, l'apparato soverchio dei riti giudiziari è un danno per tutti; e le più sane ed inconcusse dottrine scientifiche devono essere applicate con illuminato discernimento.

242. La *discussione*, che è l'altra parte del procedimento, può essere esclusivamente *scritta*, esclusivamente *orale*, ovvero *mista* dei due elementi. Meno che pei giudizi di conciliazione dove è ammesso

Digitized by Google

anche da solo l'elemento orale, il codice ha accolto il sistema *misto* ed ha operato saviamente. La oralità non poteva essere sbandita, poichè nella opinione generale essa è guarentigia di giustizia ed opera come un freno per impedire che i magistrati ascoltino in segreto le suggestioni della parzialità. Questo suo carattere fu solennemente consecrato nello statuto, che impone la pubblicità delle udienze (art. 72) e quindi la oralità dei giudizi civili. Ma la discussione scritta ha eziandio pregi indiscutibili; quello di non affidare alla sola memoria dei giudici la ponderata disamina delle ragioni addotte dai difensori e degli elementi di *fatto* che sono da accertare secondo le risultanze del processo; quello altresì di controbilanciare il fascino che una eloquenza superiore esercita sempre in un dibattito orale, anche a profitto di una causa cattiva; e altri vantaggi ancora facilmente possono esserle riconosciuti. La fusione dell'elemento scritto coll'orale sarebbe stata dal legislatore italiano operata con avveduta misura; ma i vantaggi ne sono meno sentiti a cagione del nesso indissolubile che passa fra l'istruttoria e la discussione e per il danno che su questa riversano i difetti di quella; poichè veramente l'*istruttoria* e la *discussione scritta* intrecciano di tal guisa i loro atti da formare quasi una cosa sola (1).

243. Il che premesso, dovendo analizzare il sistema vigente, noi seguiremo in questa parte, con poco divario, l'ordine medesimo del codice. Esamineremo cioè come si svolga una controversia a procedimento *formale* innanzi il tribunale, in tutti i particolari più intimi e minuti dell'istruttoria e della discussione. Poi studieremo il procedimento *sommario* dicendone i caratteri particolari e come si differenzi dal formale. Indi parleremo dei procedimenti negli affari commerciali dinanzi ai tribunali, per accennare alle speciali loro discipline. Dopo di che passeremo allo studio del procedimento innanzi i pretori ed i conciliatori. Percorsa così in ogni senso la sfera dei giudizi di prima istanza, esamineremo il procedimento di dichiarazione nei gradi ulteriori.

(1) Non è solamente in Italia che rimane tuttora insoluto il problema relativo alla ottima forma del procedimento civile. Esso si impone dovunque; in Germania dove il codice di procedura del 1877 ha singolarmente risvegliato l'amore di questi studi, si agitano tuttodì interessantissime discussioni fra valorosi scienziati, sul vitale argomento. Profondi studi furono pure istituiti in Austria, e vi diedero origine alla recentissima riforma organico-processuale, contenente, per la parte del rito, molte ardite e interessanti novità, alcune delle quali verremo accennando; questa riforma non potrà essere giudicata se non dopo congrua esperienza.

Digitized by Google

CAPO II.

Costituzione delle parti e discussione scritta.

244. La notificazione dell'atto di citazione si compie con forme solenni, ma fuori da ogni ingerenza del magistrato e, quasi potrebbe dirsi, *stragiudizialmente*. L'attore a mezzo dell'usciere chiama il convenuto in giudizio, ma è mestieri che egli stesso con qualche atto complementare alla citazione vi *comparisca*, per sottoporre al giudice la domanda che ha annunciata e provocare su di essa la sentenza. Il modo in cui si effettua la comparizione dell'attore non può essere sostanzialmente diverso da quello prescritto pel convenuto. Pertanto, nel procedimento formale, a tradurre in fatto la intenzione di promuovere il contraddittorio, l'attore deve far risultare della sua presenza in giudizio mediante un atto compiuto presso la sede del tribunale dopo notificata la citazione. È questo il *deposito* nella cancelleria del *mandato alle liti* rilasciato al suo procuratore. Siffatta formalità deve compiersi nel termine stesso assegnato per la comparizione del convenuto, giusta la regola dell'art. 45, essendo il termine comune ad ambedue le parti. Il mandato si deposita per originale o per copia e rimane in cancelleria nel tempo che vedremo assegnato in genere per tutti i documenti, affinchè il convenuto od il suo procuratore possano averne comunicazione e verificare la regolarità del medesimo. Insieme al mandato l'attore dovrà nello stesso modo depositare un atto che contenga la dichiarazione di sua residenza, ovvero la dichiarazione od elezione di domicilio, a sensi del n. 5 dell'art. 134, se questa dichiarazione od elezione non sia stata espressa nella citazione. Il che ammonisce come la mancanza di siffatto elemento nell'atto di citazione non ne importa la nullità. Infine saranno similmente depositati, se ve ne sono, i documenti di cui venne offerta comunicazione coll'atto di citazione (art. 158). Di questi però il deposito potrà essere fatto anche al di là del termine, essendo il medesimo specialmente assegnato *per comparire;* soltanto, il deposito eseguito più tardi dovrà essere notificato al convenuto mediante apposita *comparsa*.

245. L'atto di dichiarazione di residenza o di domicilio, o di elezione di quest'ultimo, deve essere redatto in forma autentica o per scritto privato autenticato (art. 190 regol. gen. giudiz.). La dichiarazione od elezione contenuta nella citazione considerasi autentica per l'intervento dell'usciere. Parimenti è autentica quella inserita nel mandato alle liti. Non è vietato di *dichiarare* la residenza o il domicilio proprio e contemporaneamente *eleggerne* altro; in tal caso

Digitized by Google

le notificazioni saranno valide se fatte in questo od in quel luogo indifferentemente.

Dichiarato od eletto il domicilio, o dichiarata la residenza, non è escluso di mutarli nel corso del giudizio, ma occorrerà all'uopo un nuovo atto consimile a quello anzidetto, e se ne dovrà dar comunicazione alla controparte mediante deposito in cancelleria e notificazione di comparsa (art. 160).

246. Indipendentemente poi dall'atto in parola, il semplice fatto della costituzione di un procuratore induce elezione di domicilio presso di esso per tutto quanto concerne l'*istruzione della causa* (art. 161), od a dire più esattamente per tutte le notificazioni che, secondo la legge, deggiono essere fatte al *procuratore*. La dichiarazione di residenza, la dichiarazione od elezione di domicilio, indicano invece il luogo in cui dovranno farsi le notificazioni che la legge vuole siano eseguite *alla parte*, delle quali daremo cenno man mano se ne offra l'opportunità. Alle dichiarazioni od all'elezione che non siano effettuate in uno dei modi ammessi dalla legge, non supplisce la semplice *menzione* che si trovi, negli atti di causa, del domicilio o della residenza della parte; laonde le notificazioni che non si possano fare al domicilio od alla residenza indicati con dichiarazione od elezione regolare, non saranno valide se non quando siano eseguite *in persona propria* dell'intimato, od in quella forma suppletoria che la legge specialmente stabilisce.

247. Quanto alla nomina del procuratore, essa produce effetto sino a che non sia notificata oltre la di lui rivocazione, anche la costituzione di altro procuratore. Il codice non ammette che le parti rimangano prive di rappresentanza durante il giudizio; e il procuratore rivocato è prosciolto dalla responsabilità del suo uffizio solo quando l'abbia trasmesso ad un successore (art. 161). Delle conseguenze della morte del procuratore, della sua cessazione dall'esercizio, della interdizione o sospensione dal medesimo, teniamo parola nel titolo XII (nn. 687 a 692) di questo libro.

248. Anche il convenuto, per comparire in giudizio, deve nel termine della citazione eseguire nella cancelleria il deposito del mandato e dell'atto di dichiarazione di residenza, ovvero di dichiarazione od elezione di domicilio, redatto nelle forme già dette. Le regole esposte ai nn. 245, 246 e 247 sono comuni a tutte le parti in causa.

Ma il convenuto ha già potuto apprendere dalla citazione chi è il procuratore dell'attore; e non gli resta che verificare la regolarità del deposito del mandato nel termine; ecco il perchè della importanza che abbiamo data (n. 227) alla indicazione del nome del procuratore nei procedimenti formali. L'attore invece non sa chi sarà il procura-

Digitized by Google

tore del convenuto: e per ovviare all'inconveniente che egli debba star di scolta negli uffizi di cancelleria attendendo il deposito del mandato, vuole la legge (art. 159) che a perfezionare l'atto di sua comparizione il convenuto notifichi l'eseguito deposito mediante una *comparsa* che riceve il nome appunto di *comparsa per costituzione di procuratore.*

249. A completare la nozione già data (n. 47) delle *comparse,* dobbiamo qui dire che esse sono sottoscritte dal procuratore (o dalla parte in quei procedimenti in cui le è lecito difendersi da sola), ed indicano i nomi delle parti e dei loro procuratori (articolo 162); inoltre per identificare appieno la causa a cui si riferiscono, designano l'autorità giudiziaria innanzi la quale essa è trattata, non che la sua natura — civile o commerciale, sommaria o formale (art. 200 regolamento gen. giudiz.). Si tratta di formalità non essenziali; nè sono imposte locuzioni sacramentali.

Sappiamo che le comparse si notificano a mezzo d'usciere (art. 163). Altre legislazioni permettono ai procuratori di farsene comunicazione in via privata, ritirandone reciprocamente ricevuta a piedi dell'originale colla data e la firma del procuratore avversario.

Circa le comparse in generale, è importante soggiungere che ai procuratori è lasciata la maggiore latitudine di potestà nel redigerle, secondo la propria coscienza, pel migliore interesse dei rispettivi clienti. E l'art. 398 del codice penale guarentisce loro ampia libertà di penna e di parola, sottraendoli ad ogni sindacato della giurisdizione penale. A segnare però un limite conveniente e prevenire eccessi ingiustificabili, lo stesso articolo, riservando i provvedimenti disciplinari ammessi in genere dalle leggi, conferma in particolare la disposizione dell'art. 63 del cod. di procedura, che autorizza il magistrato ad ordinare, anche d'uffizio, la soppressione o cancellazione delle scritture offensive (l'art. 63 contempla anche quelle contrarie all'ordine pubblico o al buon costume); e completa queste sanzioni abilitando l'offeso, sia parte in causa o terzo, a chiedere una riparazione pecuniaria, che non gli può essere aggiudicata se non dal magistrato che pronunzia od ha pronunziato la sentenza nella causa.

250. Costituite in giudizio le parti la lite è *contestata.* Il convenuto può attendere che l'attore offra le prove della domanda, se queste non risultino da documenti comunicati; può esporre le proprie eccezioni, d'ordine e di merito, tutte insieme se crede, ovvero in parte soltanto, riservandone *in pectore* altra parte. Sul migliore sistema di sua difesa ciascun litigante è giudice sovrano.

Le eccezioni che il convenuto delibera di opporre alla domanda, devono essere da lui spiegate in una *comparsa di risposta.* La legge

Digitized by Google

assegna, per farla notificare, il termine di quindici giorni dalla scadenza dell'ultimo giorno che era utile per comparire (art. 164). È libero però al convenuto di dedurre la sua risposta nella stessa comparsa per costituzione di procuratore. Colla *risposta* si offrono in comunicazione quei documenti che credesi opportuno presentare per combattere l'istanza dell'attore; essi saranno depositati in cancelleria, prima o subito dopo la notificazione.

Ricevuta la risposta, l'attore nei quindici giorni successivi può far notificare una *comparsa di replica;* nei quindici giorni che seguono a tale notificazione è data facoltà al convenuto di comunicare una *controreplica*, e così via, senza alcuna limitazione fissa. La opportunità di nuove comparse si valuta dalle parti in conformità allo sviluppo che assume la discussione, o al bisogno di presentare documenti nuovi o proporre altre prove, di fronte ai documenti ed alle prove dell'avversario. Con qualunque delle comparse anzidette si può effettuare la produzione di nuovi documenti nel modo già noto (art. 165).

251. Rispetto alla comunicazione dei documenti merita menzione il sistema austriaco, per il quale ciascun procuratore, insieme alla citazione e ad ogni singola comparsa, fa notificare al procuratore avversario la copia, a di lui cura spedita, dei documenti con la medesima prodotti in causa. La fedeltà delle copie è garantita dal procuratore con la sua firma; la controparte ha sempre diritto di confrontarle cogli originali. Di questa guisa si ha il vantaggio di formare un *doppio processo;* infatti poichè la citazione e le comparse, ossia *gli atti di causa*, si redigono sempre in due esemplari, uno per l'attore ed uno pel convenuto, ciascuna delle parti ha tutto intero il volume degli *atti* identico a quello dell'altra. Ma pei *documenti*, nel nostro sistema, non è lo stesso; e se uno dei procuratori trascura di presentare al giudice, a causa finita, quelli che comunicò durante la discussione, non può di essi venir tenuto alcun conto. Il sistema del doppio processo dà migliore garanzia di giustizia e di completo esame delle controversie, a patto però di non legarlo con alcuna pastoia di fiscalismo. Noi lo desideriamo e lo giudichiamo preferibile a quello che forma di tutti i documenti originali, da ciascuna delle parti prodotti, un solo volume che si conserva stabilmente nella cancelleria sino a lite finita (regolamento gregoriano); nel qual modo resta sempre alquanto inceppata la libertà di uso dei documenti medesimi.

252. Come stanno ora le cose presso di noi, i documenti si lasciano depositati in cancelleria durante il termine stabilito per rispondere all'atto con cui sono stati comunicati. Dopo di che si ha diritto a ritirarli. La comunicazione alla controparte consiste nella *consegna* che il cancelliere ne fa, dietro richiesta, al di lei procuratore,

Digitized by Google

il quale, naturalmente, dentro il termine ora accennato è tenuto a riportarli alla cancelleria (articoli 167 e 168). Se ritarda, provvede l'autorità del presidente; e il procuratore moroso è passibile di pene pecuniarie ed anche della *sospensione* (art. 170 e 171).

Ma la natura di certi documenti o la poca fiducia che ispiri chi deve riceverne la comunicazione, rendono spesso legittima la riluttanza a lasciarne libero il possesso in altrui mani, sia pure per breve tempo. In contemplazione di questo caso il codice lascia facoltà al producente di offrire in comunicazione i suoi documenti per originale o per copia. La comunicazione *per copia* consiste nel deposito in cancelleria del documento *originale* (sotto il qual nome si designa l'esemplare di cui si fa uso in giudizio), accompagnato da una copia semplice predisposta a cura del procuratore. Il cancelliere *consegna* alla parte avversaria la copia, che essa può asportare dalla cancelleria, salva la restituzione nel termine predetto; quanto all'originale, le è concesso solamente di *ispezionarlo* presso il cancelliere, responsabile della sua custodia (articoli 166 e 167). Non restringendo la legge i casi in cui è ammessa questa forma di comunicazione, essa è sempre facoltativa.

253. I termini per lo scambio delle comparse non sono sempre di quindici giorni. Se siano parecchie le parti in causa ed esse abbiano costituiti procuratori diversi, i termini sono aumentati da quindici a trenta giorni, purchè, in tutto i procuratori siano almeno tre, compreso quello dell'attore. Ed il periodo utile per ricevere la comunicazione dei documenti aumenta pure alla medesima durata; i procuratori che ricevono la comunicazione provvedono naturalmente d'accordo fra loro per fruire in comune del periodo utile concesso dalla legge (art. 169).

Quando invece vi siano giusti motivi d'urgenza, quella considerazione medesima che consiglia di diminuire il termine di comparizione (vedi n. 230), ha dettato al legislatore il precetto dell'articolo 172, che conferisce al presidente del tribunale la facoltà di abbreviare i termini per rispondere e per qualunque altro atto d'istruzione. L'ordine di abbreviazione può essere generale per tutta la causa, o particolare per atti determinati; esso, se generale, può essere dato prima della notificazione dell'atto di citazione, con lo stesso decreto che abbrevia il termine per comparire; se non vi è provveduto così, l'abbreviazione non può accordarsi se non *sentite le parti*, cioè previa citazione o volontaria comparizione avanti il presidente.

254. È superfluo dire che in ciascuna comparsa possono le parti rispettivamente proporre domande ed eccezioni nuove, restringere, ampliare, o comunque modificare quelle antecedentemente prese.

Digitized by Google

Esse sono dunque i veri atti della discussione scritta; e nello stesso tempo servono alla *istruttoria* del giudizio, sia in quanto costituiscono il mezzo legale per la presentazione dei documenti, sia perchè vi vengono enunciate le prove orali di cui ciascuna parte reputa, nel proprio interesse, di promuovere l'esaurimento che vedremo poi come si effettui. Ma se la legge non stimò opportuno prescrivere limite al numero ed alla estensione delle comparse che l'attore e il convenuto possono scambiarsi in giudizio, doveva tuttavia regolare con efficaci discipline la *chiusura del periodo istruttorio*. Quando le ragioni ed eccezioni sono tutte esposte, i documenti tutti presentati, le prove orali tutte raccolte, la causa deve essere decisa e la giustizia soffrirebbe se la sentenza, questo atto finale e supremo della lite, potesse dal maltalento di una parte essere indefinitamente ritardata. Sono svariatissimi gli accorgimenti con cui i legislatori avvisarono di guarentire la tempestiva chiusura del periodo istruttorio, essendo per tutti abbastanza grave la difficoltà di conciliare il rispetto alla libera difesa dei contendenti colla prevenzione degli abusi possibili. — Il sistema di limitare le comparse ad un numero fisso non può avere efficace sanzione se non nei sistemi di processo *esclusivamente scritto*, dove ciascun atto si compie sotto la vigilanza e previa autorizzazione del giudice. Nei sistemi che accoppiano alla discussione scritta quella orale, si cerca talvolta di restringere la prima in giusti confini, assegnando un periodo di tempo, determinato dall'autorità giudiziaria al principio della lite, più o meno ampio a seconda dei casi, dentro al quale debba lo scambio delle scritture essere esaurito ed al cui termine si faccia luogo alla discussione orale. Così il codice germanico al § 234 in relazione coi §§ 244 e 245. Nell'ultima di queste disposizioni è però aggiunto che le parti potranno continuare lo scambio di scritture, *ove sia necessario*, dilazionando la discussione orale col mezzo di rinvii dell'udienza. Il codice francese ed il parmense limitarono la facoltà del convenuto ad una *difesa* (risposta) e quella dell'attore ad una *replica;* ma li lasciarono in sostanza pienamente liberi di scambiare quel qualunque numero di scritture che credano, esprimendo l'unica comminatoria della non ammissione di questi atti fra le spese ripetibili dall'avversario in caso di soccombenza. Il codice sardo del 1854 permetteva, oltre la *risposta* del convenuto e la *replica* dell'attore, anche la *controreplica* del convenuto, seguendo l'esempio del codice ginevrino, che volle essere più equo del francese. Ma tutti codesti espedienti furono a ragione, dai compilatori del codice, stimati contrari allo scopo ed al vantaggio della procedura scritta, se osservati rigorosamente, o fallaci ed inutili, se elusi dai procuratori, i quali, quan-

Digitized by Google

tunque avversari, hanno interesse ad usarsi reciproca tolleranza per simili infrazioni della legge (1). D'altronde a nessuno sfugge il pensiero che l'infinita varietà delle cause rende impossibile la preventiva determinazione di un limite unico e costante per la loro sufficiente istruttoria.

255. Il codice si attenne al criterio già accolto in quello piemontese del 1859, affidando all'*interesse delle parti* la maggiore o minore durata dell'istruttoria. Certamente rimane così un qualche agio ad esercitarsi fra i procuratori compiacenti quelle tolleranze che oggi si usano al collega per ottenerne domani il cortese ricambio. Ma è meglio che la legge le permetta, piuttosto, che si compiano in frode della medesima.

I termini per rispondere, replicare, ecc., sono semplicemente *comminatorî;* ma quando uno di essi sia compiuto e la parte che aveva diritto a presentare nell'intervallo una comparsa non l'abbia presentata, l'altra parte (se per suo conto non trovi necessario di aggiungere di più alla discussione) può *proporre la chiusura dell'istruttoria.* Questa proposta si effettua mediante la *iscrizione della causa nel ruolo generale di spedizione*, ch'è un registro all'uopo tenuto dal cancelliere, in cui, a domanda di parte, ciascuna causa viene iscritta con un numero progressivo secondo l'ordine cronologico della richiesta (art. 173). La forma delle domande d'iscrizione è semplicissima ed è indicata dal regolamento generale giudiziario (art. 214 e 215 del regolamento). L'eseguita iscrizione, di cui il cancelliere rilascia un certificato alla parte richiedente, deve essere partecipata nel termine *non perentorio* di due giorni successivi (art. 216 regolamento gener. giudiz.) al procuratore od ai procuratori di tutte le altre parti, mediante notificazione che ne fa l'usciere con semplice atto, a richiesta del procuratore iscrivente (2). Le parti notificate

(1) Molto razionale ed ingegnoso è il sistema adottato dal legislatore austriaco nel nuovo regolamento di procedura civile. Sulla petizione (citazione) viene destinata una prima udienza dinanzi al presidente o ad un giudice delegato. In tale udienza sono proposte le eccezioni pregiudiziali di carenza d'azione, incompetenza giudiziaria, regiudicata o litispendenza, e può altresì essere accordato un termine per rispondere in merito. Qualora poi, presentata la risposta, risulti necessario istruire la causa, viene avviato un procedimento preparatorio innanzi a un giudice delegato; tale procedimento si svolge da udienza a udienza, mediante opportune assegnazioni di termini pel compimento dei rispettivi atti, a un dipresso come nel nostro giudizio pretoriale. Quando non occorra procedimento preparatorio, o questo sia esaurito, le parti sono rimesse a udienza dinanzi al collegio per la discussione orale.

(2) Fino a che l'iscrizione a ruolo non sia notificata, l'altra parte non è tenuta ad averne conoscenza; può quindi far notificare una comparsa di

Digitized by Google

hanno diritto dopo questa notificazione ad un *termine perentorio* di quindici giorni dentro i quali deliberano se abbiano bisogno o no di aggiungere altre difese. Se i quindici giorni trascorrano in silenzio, l'*iscrizione a ruolo rimane ferma* (art. 174), cioè l'istruttoria è *definitivamente chiusa* in modo irrevocabile, col consenso di tutte le parti. Se le parti che sono state notificate della iscrizione a ruolo, od alcuna di esse, fa notificare alla parte che la eseguì una comparsa nuova nel detto termine, allora la legge lascia all'iscrivente una alternativa. Od egli trova necessario di rispondere a questa comparsa, al quale effetto gli è assegnato un ulteriore *termine perentorio* di quindici giorni, ed allora la *proposta* di chiudere il contraddittorio viene da lui medesimo riconosciuta prematura: quindi cade *ipso jure* l'iscrizione a ruolo ed il periodo istruttorio rimane aperto sino a che una delle parti *rinnovi* l'iscrizione più tardi. Ovvero l'iscrivente lascia passare i quindici giorni senza rispondere alla comparsa notificatagli, e in questo caso avendo egli mantenuta la proposta di chiudere il contraddittorio e le altre parti avendo provveduto colla nuova loro comparsa a quel completamento di difesa di cui sentivano il bisogno, non v'è più motivo di tenere aperta la discussione; quindi rimane ancora ferma l'iscrizione a ruolo. Nè diverse discipline osservansi per le iscrizioni a ruolo successive, quando la prima siasi resa inefficace per non seguìta notificazione o per la riapertura del periodo istruttorio in qualunque modo avvenuta.

L'iscrizione a ruolo rimane ferma anche senza che s'abbia da attendere il decorso dei termini perentorî assegnati, a norma dei casi, alle parti che ne ricevono notificazione ed all'iscrivente, quando colui al quale il termine competerebbe dichiari (con comparsa notificata al procuratore avversario) di non voler rispondere (citato art. 174).

Intorno ai termini medesimi osserviamo non doversi reputare in facoltà del presidente concederne l'abbreviazione nei sensi dell'articolo 172, giacchè essendo *perentorî* vuolsi ritenere che la legge li abbia misurati in relazione allo stretto bisogno di ponderare su quel che a ciascun litigante nel proprio interesse convenga di fare.

L'iscrizione a ruolo è atto della parte più diligente; quindi anche il convenuto può eseguirla. Anzi, per quanto appare dall'art. 173

---

istruttoria nell'intervallo fra l'iscrizione e la sua notificazione, senza che ciò le tolga il diritto di fruire del termine successivo a questa notificazione. È dunque interesse della parte iscrivente che l'iscrizione sia notificata il più presto possibile, nè occorreva assegnare all'uopo un termine perentorio.

Digitized by Google

capoverso primo, il convenuto è in facoltà di iscrivere la causa a ruolo subito dopo costituitosi in giudizio e senza produrre comparsa di risposta. Il che potrà convenirgli nel caso in cui l'attore non avendo colla citazione offerte prove sufficienti della domanda, il convenuto trovi bastante difesa nell'invocare la semplice applicazione della regola « *actore non probante reus absolvitur* », consecrata nell'articolo 1312 del codice civile.

Se la parte a cui viene notificata l'iscrizione a ruolo proponga, nel termine di legge, una prova *orale* a completamento della sua difesa, quali effetti processuali ne deriveranno? Ci riserbiamo di trattarne più oltre (num. 322) tale discussione supponendo la conoscenza del meccanismo della proposta ed assunzione di una prova orale.

256. Rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, l'istruttoria è irrevocabilmente chiusa. Di niuno effetto sarebbero quindi la presentazione di nuovi documenti, di conclusioni nuove, o la proposta di prove orali ulteriori. Ma una doppia riserva si deve fare in questo proposito. Anzitutto la legge (art. 175) permette espressamente che si possa tuttavia deferire il *giuramento decisorio* dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, perchè (osserva la relazione Pisanelli) il codice civile ne dà licenza *qualunque sia lo stato della causa* (art. 1366 cod. cit. e articolo 220 cod. di proc.) e perchè esso rappresenta una *transazione*. Il secondo motivo è esposto in forma troppo recisa; si tratta veramente di una *prova*, non di un *contratto*, ed è ormai noto che dai giureconsulti romani fu assomigliata alla transazione una forma di giuramento (stragiudiziale) ben diversa dal decisorio. D'altronde la sentenza proferita in base al giuramento decisorio rimane suscettibile d'appello, mentre poi ogni genere di prova, e quindi anche il giuramento, può essere proposto in appello, dove non vigono più gli effetti dell'iscrizione a ruolo eseguita in prima istanza. Sarebbe dunque discutibile la bontà di questa eccezione di fronte al rigore dei principii.

La seconda riserva riguarda le istanze e le eccezioni che la legge autorizza a proporre *in qualunque stato e grado di causa*. Tali segnatamente quelle d'incompetenza assoluta o di declinatoria per pendenza di lite o connessione (articoli 187 e 188), e la querela incidentale di falso (articolo 297). È evidente che ciascuna di tali eccezioni può modificare, anzi rovesciare addirittura, i risultati della precedente istruttoria; la riserva accennata è quindi della massima importanza.

257. Quanto alla discussione scritta, che si è andata svolgendo nelle varie *comparse* delle parti, essa pure considerasi ultimata:

Digitized by Google

dichiara però la legge (salva la facoltà di deferire con apposita comparsa il giuramento decisorio) che dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo non è permessa altra comparsa se non quella che ha il nome di *comparsa conclusionale* (art. 175).

Ciascuna delle parti contendenti deve compilare nel proprio interesse questa comparsa. Lo scopo principale di essa, secondo la legge (art. 176) è quello di fissare in via definitiva quali *conclusioni* rispettivamente i litiganti sottopongano al giudice. Potendo infatti essere, nel corso dell'istruttoria, portate più o meno gravi varianti alle conclusioni primitive, parve opportuno un atto finale, in cui siano irrevocabilmente fissate, senza però che alcun elemento di novità possa venirvi introdotto (art. cit.). Nel medesimo tempo, a maggior comodo dei giudici ed anche per dare una traccia alla discussione orale, è prescritto che in queste comparse venga riepilogato il *fatto della causa* colle *ragioni di diritto* che suffragano *hinc inde* le conclusioni prese.

La comparsa conclusionale avrebbe dunque, nel concetto della legge, una importanza processuale limitata all'effetto di escludere dalla cognizione del giudice quelle *conclusioni* che, già prese negli atti di causa anteriori, non siano in essa riprodotte. Quelle non riprodotte, si ritengono *abbandonate* e non potrebbero essere proposte in giudizio d'appello. Quanto al riassunto del fatto e delle ragioni di diritto, la minore diligenza che avesse posta il procuratore nella compilazione dell'atto non nuocerebbe, non essendo mai dispensati i giudici dal procurarsi la completa notizia del fatto mediante lo scrupoloso esame degli atti tutti del giudizio sì che devono tener conto anche di quelle ragioni che in essi e non nella comparsa conclusionale si trovino dedotte.

Ma l'atto di cui parliamo ha in pratica una ben maggiore importanza, giacchè in primo luogo (come si vide nel numero precedente) esso può talvolta contenere eccezioni o questioni di diritto nuove, che alterano di gran lunga lo stato della controversia. In secondo luogo, la legge non poteva vietare, nè ha vietato, di dare nel medesimo la più diffusa e diligente estensione allo sviluppo dei motivi di difesa. Quindi, di solito, mentre le comparse d'istruttoria sono brevi e compendiose, è nella conclusionale che si esercita l'abilità dei difensori, mercè l'analisi minuta delle risultanze probatorie raccolte nel processo, il confronto e la discussione dei singoli punti di controversia, la larga ed erudita dimostrazione della tesi di diritto rispettivamente propugnata. Per tal guisa il concetto del legislatore viene ad essere snaturato; meriterebbe quindi riflessione il quesito, se il sistema invalso nella pratica sia migliore e più razionale di

Digitized by Google

quello della legge, e quindi se convenisse qualche modificazione al testo dell'articolo 176 il quale soffre attualmente quotidiane violazioni (1).

258. Le comparse conclusionali vengono notificate al modo delle altre; ciascun procuratore dovrebbe far notificare la propria entro i quindici giorni successivi a quello in cui è rimasta ferma l'iscrizione a ruolo (capov. art. cit.). Il termine non è perentorio; ma perchè in questa estrema fase del litigio la negligenza dei procuratori non sia causa di perditempi, essa è punita coll'ammenda di lire dieci a carico del procuratore ritardatario. L'amore della verità esige che si dica che la comminatoria è in pratica una parola vana.

Il procuratore diligente ha un modo più efficace per far cessare gli indugi dell'avversario. Infatti, trascorso il termine assegnato per la notificazione delle comparse conclusionali, i procuratori — od almeno quello di essi che si trova in regola colle disposizioni della legge — devono depositare, presso il cancelliere, l'incartamento della causa, vale a dire tutti gli atti e documenti, di cui ciascun procuratore forma due fascicoli distinti (uno per gli atti, l'altro pei documenti) muniti di *inventari* od *indici* separati, e raccolti poi in un solo volume; gli *atti* deggiono essere completi, e cioè ogni procuratore presenta tanto i propri come quelli di cui ricevette notificazione dall'avversario; i documenti sono rispettivamente quelli di ciascuna parte. Deve esservi unita anche una *nota delle spese* del giudizio. Queste disposizioni sono dettate nell'art. 177 il quale soggiunge che ove gli atti d'un procuratore siano incompleti, il cancelliere *deve completarli* (traendone copia, *a spese del procuratore*, dagli atti della parte avversaria), ciò che sarà possibile qualche volta, ma non sempre. E lo stesso articolo suggella le sue prescrizioni colla comminatoria di un'ammenda al procuratore che non depositi il fascicolo nel termine stabilito; la quale ammenda, di lire cinque *per ogni giorno di ritardo*, può essere applicata dal presidente anche d'ufficio. Ma ancor più efficace di questa sanzione, che sarebbe meglio cancellare dal codice e che il buon senso dei magistrati quasi sempre si astiene dallo applicare, è l'altra, pure contenuta nello stesso articolo,

(1) In alcune provincie suolsi compilare una breve e sintetica comparsa conclusionale, svolgendo invece con la desiderata ampiezza le ragioni di difesa in separate *memorie*, che si distribuiscono spesso stampate. Il sistema è consacrato dalla consuetudine; e la redazione delle memorie figura nella nota degli onorari ripetibili. Ma non si può dire che esso sia strettamente conforme alla legge.

Digitized by Google

che cioè la mancata presentazione del fascicolo d'un procuratore non può ritardare la discussione orale, ultimo atto della lotta giudiziaria. Sarebbe pure stato opportuno, data l'importanza che s'attribuì a quest'atto, di aggiungere che il procuratore il quale non faccia notificare la comparsa conclusionale non potrà essere ammesso alla discussione orale, ciò che, nel silenzio della legge, non saprebbesi ora sostenere.

259. Intorno alle comparse conclusionali, alle formazione dei fascicoli, alla nota delle spese, al deposito in cancelleria, vi hanno discipline speciali negli art. 221 a 225 del regolamento generale giudiziario, che riguardano le modalità di esecuzione e che non richieggono commento od illustrazione di sorta.

Importa invece accennare alla disposizione dell'art. 246 dello stesso regolamento. Abbiamo detto che nelle comparse conclusionali non possono introdursi *conclusioni nuove* ossia non conformi a quelle prese nel periodo istruttorio. Pel caso di trasgressione, il citato testo stabilisce che la parte la quale intenda opporsi alla proposta di una conclusione nuova, deve farne dichiarazione all'udienza fissata per la discussione orale, e prima che questa incominci. O l'avversario riconosce il suo torto e rettifica; ovvero il tribunale pronuncia tosto su questo punto preliminare e il suo provvedimento è inserito nel foglio d'udienza. Di quale specie sia la pronunzia del tribunale, non lo si dice. Che abbia, nel pensiero nel legislatore, il carattere di una sentenza, non pare. Ma pur dovrebb'esserlo, secondo i criteri che già ci sono noti. Sembra a noi che questa disposizione regolamentare sia affatto inopportuna e senza pregi nè vantaggi. La parte deve essere libera di far rilevare, sia pure nel foglio d'udienza, l'infrazione commessa dall'avversario. Quanto al tribunale, è nel decidere la lite che può meglio apprezzare anche questo punto; e se troverà che le domande contenute nella comparsa conclusionale rechino novità inammissibili, dichiarerà nella sentenza che queste sono da aversi come non scritte. Il che però non può fare mai *d'uffizio*. Nè occorre dire che non lo potrà fare nè meno sovra istanza di parte, nei casi che si accennarono al n. 256. Il provvedimento, adunque, menzionato nell'art. 246 del regolamento generale giudiziario potrà rimandare la decisione definitiva di tale controversia alla sentenza che il tribunale sarà per pronunziare.

Digitized by Google

CAPO III.

Discussione orale.

260. Questa parte del procedimento, quantunque in sè molto semplice, presenta pure taluni problemi di qualche importanza.

Il dibattimento orale quale concorso porta agli scopi generali dell'istruttoria e della discussione? Evidentemente non può avere altro uffizio se non quello di cooperare a che i giudici si rendano bene informati della controversia, facendo loro rilevare in modo rapido ed efficace i punti più salienti di fatto e di diritto, richiamandone l'attenzione sulle questioni più importanti, offrendo alle loro convinzioni una prima base di consistenza che poi si rassoderà o modificherà, a norma delle circostanze, mercè lo studio analitico degli atti e dei documenti.

Ma, ciò riconosciuto, è utile veramente la discussione orale? I giudici non s'informerebbero essi più esattamente della lite esaminando gli atti scritti? non rileverebbero meglio le questioni, discernendo le più importanti da quelle che lo sono meno, se nel silenzio del proprio gabinetto e nella indipendenza del proprio raziocinio, meditassero sugli incartamenti presentati dalle parti? e il procurare loro una *prima impressione* sulla causa, forse fallace e contraria a quella che un maturo studio potrebbe determinare, non è più pericoloso che proficuo?

Adombriamo per sommi capi i punti principali della questione. Non escludiamo, nè potremmo coscienziosamente escludere, che l'amministrazione della giustizia sia in grado di fare a meno, senza danni, della discussione orale; non si dà di questo elemento della procedura un giudizio imparziale se non dicendone: *sunt bona mixta malis.* La ragione prevalente che impedisce di porre in dubbio la opportunità attuale di mantenerla nei nostri giudizi civili, è il carattere politico che le viene attribuito (v. n. 242). Onde giova, più che discutere la massima, indagare quali forme pratiche convengano alla discussione orale, perchè i vantaggi si raccolgano tutti e gli inconvenienti rimangano, il più che possibile, paralizzati.

261. Un quesito fondamentale, nell'ordine accennato, è questo: dovrà la discussione orale antivenire qualunque esame degli atti da parte dei giudici, od essere preceduta dalla conoscenza, sia pure assunta in modo sommario, della discussione scritta?

Nell'un caso si ha l'inconveniente di quelle *prime impressioni* di cui testè si fece parola. Il giudice che, all'udienza, affatto ignaro di

Digitized by Google

ogni precedente e nuovo alla lite, viene di essa informato dalla parola dei difensori, è probabile che prenda partito favorevole per quella parte che avrà saputo colorire più artificiosamente i fatti, adornare di maggiore dottrina ed eloquenza lo sviluppo delle proprie tesi. E spesso acquista un'idea inesatta anche degli stessi termini del fatto, che gli riescirà poi malagevole di rettificare; e quanto più forte è l'impressione riportata, tanto più è da temere che egli trascuri lo studio diligente degli atti scritti, reputando in buona fede di conoscerne abbastanza.

Nell'altro caso s'incontrano nuove obbiezioni. Il giudice che ha studiata la causa sugli atti scritti, non può a meno di essersi formata una convinzione, tanto più seria ed importante agli occhi suoi, in quanto è spontanea e perciò fondata sovra elementi che gli sembrano i più sicuri. Laonde assisterà alla disputa orale corazzato contro il pericolo di cedere ad influenze deviatrici e più timoroso di subire il fascino dell'eloquenza e delle sottigliezze degli avvocati, che curante di raccogliere il succo delle loro parole per trasformarlo in materiale nuovo di convinzione. A dirla in breve, il giudice che abbia già studiato il processo scritto, o sprezzerà la discussione orale, o ne diffiderà; nell'uno come nell'altro caso questa riesce affatto inutile; il suono delle voci dei contraddittori passando pel di lui orecchio non lascierà nel cervello del magistrato veruna traccia.

Che vi sia del vero nell'una o nell'altra specie di obbiezioni, nessuno può negarlo. Il magistrato è uomo ed il processo di formazione dei suoi giudizi non può andare esente da quelle imperfezioni che per gli altri uomini si verificano, nè sottrarsi alle cause perturbatrici interne od esterne che sogliono agire sull'umano intelletto.

Fra i difetti convenendo scegliere il minore, reputiamo sia da preferire il sistema che fa precedere la discussione orale ad ogni altra altra notizia della lite. Il giudice, qualunque sia la forza delle impressioni così ricevute, sa pur sempre che ha obbligo di leggere gli atti e di consultare i documenti. Non è lecito presumere che manchi a questo dovere; dobbiamo pertanto ammettere che nel maggior numero dei casi, se lo studio del processo scritto lo chiami a più severe meditazioni, egli non esiterà a compiere un nuovo ed integrale esame della controversia ed a ricredersi, ove le riconosca erronee, delle opinioni formate all'udienza. Solo rimane un ostacolo nell'istituto della collegialità dei giudizi, o, per meglio dire, in una conseguenza non dissimulabile di esso, nella probabilità cioè che non tutti i membri del collegio prendano in esame il processo scritto.

262. Il progetto Pisanelli aveva adottato per verità il peggiore degli espedienti; vogliamo dire, quello che mediante lo studio preven-

Digitized by Google

tivo degli atti scritti, attribuiva la conoscenza del processo avanti la discussione ad uno solo dei giudici del tribunale, all'uopo delegato dal presidente, coll'uffizio di *relatore;* all'udienza egli avrebbe dovuto esporre il fatto della causa, quale dallo studio del processo lo avesse appreso; dopo di che, i difensori delle parti sarebbero stati ammessi a discutere soltanto in linea di diritto, previa lettura delle rispettive conclusioni e dei documenti che avessero ritenuti più importanti.

L'uffizio del giudice relatore sembrò utile per escludere la possibilità di contestazioni fra le parti sul tema di fatto. Ma questo, unico pregio che gli si attribuisce, è presto eliminato se si consideri che l'apprezzamento del fatto è bene spesso uno degli elementi vitali della controversia (1). Ed invero le parti il più delle volte non sono discordi nell'opinare in astratto che un dato principio di diritto debba reggere una determinata situazione di fatto; ma sul principio giuridico discutono, solo perchè la situazione di fatto è da esse considerata in modi diversi. Se nella sentenza è molto agevole distinguere il fatto dalle considerazioni di diritto, in quanto che le due parti esprimono del pari il giudizio del magistrato, sia ch'egli apprezzi una risultanza materiale dell'istruttoria, o sia che vi applichi una regola di diritto, la distinzione non è quasi fattibile nella discussione della lite, organizzata al modo ora in discorso. Il giudice relatore diventa presso a poco giudice unico sul fatto, che egli presenta al collegio e ai litiganti, così come alla sua mente è apparso. Onde, senza discutere se all'effetto della deliberazione successiva della sentenza il relatore acquisti o no un ascendente ed una superiorità pericolosa di fronte ai suoi colleghi, riesce ad ogni modo evidente come l'uffizio a lui affidato renda poco meno che inutile la discussione orale, ed illusoria in gran parte la collegialità del giudizio.

Avendo il progetto incontrati forti e ragionevoli obbietti per questa parte, si ricorse ad un temperamento. E nella redazione definitiva del codice fu stabilito che il presidente del tribunale abbia, per ciascuna causa, a prescrivere se la relazione sarà fatta all'udienza da un giudice da lui delegato o dai procuratori delle parti. Il tempe-

---

(1) Per evitare il pericolo che la discussione orale su di un fatto assai complesso oscuri le idee dei giudici invece di chiarirle, il codice ginevrino (art. 91) rese facoltativo all'autorità giudiziaria di ordinarne la omissione, di uffizio o per domanda delle parti, rimettendo il magistrato all'esame del processo scritto. Ed è questa una disposizione assai più logica e pratica, che il sistema del giudice relatore. Il nuovo regolamento austriaco (§ 183) autorizza il presidente a sospendere la discussione orale e ordinare la comparizione personale delle parti in udienza, quando ciò si presenti efficace per schiarire la questione controversa.

Digitized by Google

ramento, come nel maggior numero dei consimili casi, non merita plauso; per buona sorte la pratica dei tribunali ha quasi del tutto soppressa, in molte provincie, la funzione del giudice relatore. Ora vediamo come si procede per la discussione orale secondo le vigenti discipline.

263. Subito ricevuti i fascicoli (o sia pure quello solo del procuratore più diligente), il cancelliere (art. 177) li trasmette al presidente, che mediante suo decreto stabilisce, come abbiamo detto, se la relazione debba essere affidata ad un giudice od ai procuratori (art. 178). Avvertasi che, per le cause formali, quando il tribunale sia diviso in più sezioni, l'assegnazione di ciascuna causa a questa od a quella, viene fatta dal presidente sin dall'incominciamento del giudizio ed ha poi effetto per tutta la sua durata (art. 210 e 211 del regol. gen. giudiz., modif. col r. d. 8 giugno 1868). Dopo il decreto presidenziale ha luogo l'*estrazione della causa dal ruolo di spedizione* e la sua *iscrizione sul ruolo d'udienza*. Questa è una pratica che si compie esclusivamente a cura del cancelliere, il quale, secondo la priorità delle iscrizioni nel ruolo generale di spedizione iscrive le cause sopra quello d'udienza, determinando così l'ordine in cui verranno chiamate alla discussione. Il codice non dà altra avvertenza in proposito se non quella che tra l'iscrizione nel ruolo d'udienza (*estrazione*) e la discussione deggiono passare almeno otto giorni (art. 179); l'art. 244 del regolamento generale giudiziario dispone poi che del giorno destinato venga data notizia ai procuratori con semplice avviso dell'usciere. Nel predetto intervallo il giudice relatore, se v'è, prende cognizione della causa; e così il pubblico ministero nei casi in cui deve concludere; se no, i fascicoli sono restituiti ai procuratori perchè essi e gli avvocati possano prepararsi a discutere (art. 178). Anche essendovi il giudice relatore possono le parti ritirare momentaneamente i loro fascicoli, col permesso del presidente, quando ne giustifichino il bisogno (art. 180).

264. Venuto il giorno della discussione, la cause sono chiamate all'udienza dall'usciere di servizio (art. 251 reg. gen. giud.) secondo l'ordine dell'iscrizione, salva la preferenza alle urgenti ed alle contumaciali (art. 348) e salva la facoltà del presidente di variare tale ordine in via parziale per gravi ragioni (cit. art. 251 regolamento). Qualora nessuno dei procuratori sia presente, il presidente può ordinare la *cancellazione della causa dal ruolo di spedizione* (art. 252 regol. gen. giud.), il che importa la conseguenza che non possa venir recata a discussione se non in seguito ad una nuova iscrizione a ruolo (art. 253 cit. regolam.). L'assenza di uno dei procuratori non impedisce la discussione fra quelli che sono comparsi (art. 351). Possono

Digitized by Google

però i procuratori, alla chiamata della causa domandare un *rinvio*, ossia il differimento della discussione ad altra udienza: siano o non siano le parti d'accordo, il decidere su questa domanda spetta sempre al presidente, il quale nel caso di accordo non può ricusare di accoglierla, fissando la nuova udienza che crederà opportuna. Il rinvio può anche essere ordinato *d'uffizio* se il tribunale, per circostanze di legittimo impedimento, non possa, nel giorno destinato, spedire in tutto o in parte le cause iscritte al ruolo di spedizione (art. 246, 247 regol. cit.). Diciamo che il disporre sui rinvii spetta esclusivamente al presidente, perchè questo magistrato ha la direzione dell'udienza (art. 354); e il consentire o negare rinvii non è certo un atto di giurisdizione, ma di mera disciplina. D'altronde l'unico articolo del codice (art. 353) che fa menzione dei rinvii, accenna che su di essi si provvede con *ordinanza;* e di ordinanze *del collegio* l'art. 50 non ne ammette. Anche i già citati articoli del regolamento, occupandosi di questa materia dei rinvii, mostrano di riferire soltanto al presidente i poteri alla medesima relativi. Dal ricordato art. 353 si apprende che il rinvio disposto in assenza di taluna delle parti, si ha per conosciuto anche da essa senza uopo di notificazione.

265. La podestà disciplinare del presidente, che abbiamo testè accennata, trova le sue norme nelle disposizioni degli art. 354 e 355. Il presidente, oltre a dirigere l'udienza, vi mantiene il buon ordine e tutto quanto egli prescrive deve essere eseguito. Quindi lo sviluppo della discussione è affidato al suo discernimento ed alla sua imparzialità, nè la legge ha trovato necessario di dettare troppo minuziose prescrizioni circa le facoltà degli oratori, il numero delle arringhe, la repressione di ogni eccesso od abuso della parola, ecc. (v. però art. 257 del regolamento).

Le udienze sono pubbliche secondo il precetto dello statuto (articolo 72) confermato nel codice (art. 52); ma se la pubblicità sia per riescire pericolosa al buon ordine, o al costume, per l'indole della causa, l'autorità giudiziaria può ordinare che la discussione abbia luogo a porte chiuse. *Il provvedimento*, continua il citato articolo, *è pronunciato in udienza pubblica ed inserito, coi motivi, nel processo verbale d'udienza.* Quale specie di provvedimento sia, l'interprete è costretto a indagarlo; però sembra che trattisi di una *specie di sentenza;* e sebbene per sè sola non sembri suscettibile di appellazione con utile effetto, il reclamo contro il medesimo potrà fornire un mezzo di appello contro la sentenza di merito.

Chi interviene ad un'udienza, come parte o come spettatore, non può portarvi nè armi nè bastoni, e deve stare a capo scoperto con rispetto e in silenzio. In caso di trasgressione il presidente ammo-

Digitized by Google

nisce e fa uscire dalla sala il colpevole, il quale può anche essere da lui fatto tradurre agli arresti per ventiquattr'ore se rifiuti obbedienza, oltre l'applicazione delle regole del codice di procedura penale sulla polizia delle udienze (art. 619 e segg.) qualora il fatto costituisca un reato (art. 354).

266. Circa l'ordine e la forma della discussione non occorrono molti schiarimenti. Se non vi è un giudice relatore, il *fatto* della causa è esposto dal difensore dell'attore (può essere il procuratore o l'avvocato, indifferentemente); i patrocinanti delle altre parti possono chiedere poi la parola per farvi quelle rettifiche che credono necessarie. Così si disegna già il campo della discussione di diritto. Superflua e dannosa ci sembra la disposizione secondo la quale il tribunale può, dopo sentite dai difensori le esposizioni e rettifiche del fatto, rimettere la causa ad altra udienza nominando un giudice relatore (art. 349). Tale misura, che è ispirata dall'intendimento di eliminare le divergenze dei litiganti ed assodare una versione esatta dei fatti, non ad altro riuscirebbe che a prevenire, per opera del relatore, il giudizio del tribunale intorno alla verità dei fatti stessi; onde è lodevole una cosa sola, cioè, che la disposizione dell'ultima parte del citato art. 349 non riceva troppo frequente applicazione. La divergenza fra i difensori nell'esposizione dei fatti, non è elemento di confusione, ma parte essenziale della controversia; non è dannosa, ma utile, perchè richiama sino dal principio l'attenzione dei giudici sui punti fondamentali della disputa; è dunque opportuno che essa possa manifestarsi e chiarirsi col mezzo della discussione orale.

Dopo la relazione, o l'esposizione e rettifica del fatto, i procuratori leggono le conclusioni; e quindi si pronunciano le arringhe per lo sviluppo delle ragioni di diritto; la legge inculca la maggiore brevità possibile in questa parte della discussione (art. 350). Le arringhe sulle questioni di diritto possono essere recitate dalle parti stesse in persona; in ogni modo i procuratori devono assisterle, ed è còmpito loro l'esporre o rettificare il fatto e leggere le conclusioni anche in questo caso. Se l'autorità giudiziaria reputi che la passione o l'inesperienza possano impedire una trattazione conveniente della lite, vieterà la difesa personale (art. citato, capoverso). Ad avviso nostro quest'ultima disposizione, che in pratica non presenta alcuna utilità, meriterebbe d'essere completamente eliminata.

267. Finita la discussione, devono essere esposte le conclusioni del pubblico ministero, quando ne sia il caso. Il codice aveva stabilito che sempre un rappresentante del ministero pubblico dovesse assistere alle udienze civili, dandogli facoltà di concludere in tutte le cause e facendogliene obbligo espresso per parecchie categorie di

Digitized by Google

controversie designate (art. 346, 347 del cod., e art. 258 e 259 regol. gen. giudiz.). Ma la legge 28 novembre 1875 ha limitato l'intervento obbligatorio di questo magistrato, per dare conclusioni, alle *cause matrimoniali;* il testo soggiunge che interviene anche in quelle *in cui procede per via d'azione*, ma è un pleonasmo, giacchè quando l'uffizio del pubblico ministero si trova ad essere *parte in causa*, conclude *in questa qualità*, presentando *le sue istanze*, non già un *semplice opinamento.* Per *cause matrimoniali* devonsi intendere solamente quelle in cui si faccia questione sulla validità a meno del matrimonio o sulle formalità precedenti alla sua celebrazione. Non vi entrano (quantunque ciò sia controverso) nè le cause per separazione di coniugi, nè quelle relative a rapporti patrimoniali connessi al contratto di matrimonio. Rimane, anche attualmente, al pubblico ministero *la facoltà* di assistere a tutte le udienze e di concludere in tutte le cause. Per nostro parere sarebbe più opportuna una completa cessazione dell'ingerenza di questo magistrato nelle discussioni civili.

Le conclusioni del pubblico ministero sono date oralmente e registrate nel foglio d'udienza.

268. Alle udienze interviene sempre il cancelliere, il quale tiene il *foglio* o *registro d'udienza*, che non è un vero processo verbale, ma un sunto affatto ristretto di quanto segue nelle medesime. Finita la discussione, i procuratori che detengano ancora i fascicoli li consegnano al cancelliere (art. 352), muniti dell'inventario e della nota delle spese, come già è stato detto nell'art. 177 (v. n. 258). Qui la legge aggiunge, per la mancanza della consegna, la comminatoria di una *multa* da cinquantuna a cento lire a carico del procuratore. Con manifesta offesa allo spirito del testo (che non è lecito ritenere *assurdo*) e alla sua lettera (che deve intendersi come è scritta ed in armonia al ricordato art. 177) ed allo *scopo* cui il legislatore mirava, e infine con pervertimento di una disposizione di puro carattere giudiziario a servizio di un esagerato fiscalismo, qualche magistratura reputò applicabile la detta pena pecuniaria anche alla sola mancanza della nota delle spese nel fascicolo di un procuratore. Vedremo invece altrove, come le disposizioni concernenti le spese di giudizio e la loro liquidazione, ammettano ed autorizzino che si differisca la produzione della *nota* ad un momento processuale posteriore a quelli indicati negli art. 177 e 352 (v. n. 455).

Se uno dei procuratori non consegna il suo fascicolo, la causa è giudicata su quello dell'altra parte (capov. del cit. art. 352).

269. Quantunque il contraddittorio possa e debba ritenersi esaurito colla discussione orale, tuttavia una disposizione del regolamento giudiziario (art. 259) permette che le parti possano ancora

Digitized by Google

trasmettere al presidente *semplici note*, perchè ne sia data comunicazione al tribunale prima che deliberi sulla causa. L'elastica denominazione di *semplici note* ha fatto degenerare questa pratica in un abuso, giacchè talora si approfitta delle *note* per sottoporre nuovi argomenti e ragioni nuove al tribunale, senza che l'avversario ne abbia comunicazione: reputiamo che questa disposizione dovrebbe essere abrogata. Però, fin che vige, conviene ritenere che quando il presidente abbia autorizzata la presentazione di tali *note*, debba guarentirsene la reciproca conoscenza fra le parti, nè possa il tribunale pronunziare la sentenza prima della loro comunicazione, o prima della scadenza del termine a questa assegnato.

Lo stesso articolo del regolamento lascia facoltà al tribunale, *quando sorga il bisogno di nuovi schiarimenti* dopo la discussione all'udienza, di far chiamare, con disposizione presidenziale, nella camera di consiglio (cioè in udienza privata) i procuratori delle parti, od i loro avvocati, *per essere sentiti dal collegio*. S'intende bene che non trattasi di rinnovare la discussione; applicata in confini assai ristretti e con molta prudenza, questa facoltà potrebbe qualche volta dar buoni frutti, evitando equivoci pel tribunale nella intelligenza di certi punti di fatto, ovvero il bisogno di provvedimenti istruttorii, e diminuendo insieme la probabilità delle appellazioni. È certamente indispensabile che la chiamata si estenda ai difensori di *tutte le parti*. Questa formalità non dev'essere confusa con l'antico sistema della *proposizione dei dubbi*, adottato da taluna fra le legislazioni che ebbero vigore in Italia.

CAPO IV.

Istruttoria del giudizio.

Sezione I. — *Degli incidenti in generale.*

270. Fin qui abbiamo analizzato il più semplice svolgimento del processo formale, supponendo, per comodità di esposizione che i soli elementi istruttorii concorrenti ad integrare un giudizio consistano nei *documenti*, comunicati a vicenda fra le parti, e nelle dichiarazioni che l'una o l'altra emetta mediante le rispettive comparse (1).

(1) Le dichiarazioni emesse nelle comparse sono opera del procuratore; non hanno quindi il valore pieno di confessioni, nel senso che possono essere revocate e rettificate senza restrizione di casi o di motivi. Ma in difetto di revoca o rettifica esse forniscono elementi probatorii cui si deve attribuire fede, presumendole conosciute e approvate dalle parti.

Digitized by Google

Dobbiamo ora invece esaminare come si proceda, quando nella lite sia mestieri di far entrare nuovi e non precostituiti elementi d'istruttoria, dei quali giova prima accennare sommariamente le diverse specie.

271. In prima linea stanno le *prove orali.* I litiganti possono valersene o per completare le risultanze dei documenti, o per supplire al difetto di essi. Tali prove sono dalla legge classificate ed ammesse nelle seguenti forme: *interrogatorio, testimonianza, giuramento, perizia, accesso giudiziale.* Affinchè una qualunque di coteste prove possa acquistare carattere giudiziario, appare manifesta la necessità dell'intervento del magistrato per stabilire la solennità e la fede del procedimento seguìto per raccoglierla. Niuno infatti accorderebbe credenza a deposizioni testimoniali raccolte privatamente a cura dell'interessato, od a relazioni di periti da lui scelti e direttamente incaricati di rispondere su ciò che è oggetto della controversia.

272. Deve inoltre essere avvertito che mentre verun limite può venire apposto ragionevolmente alla libertà di comunicare in giudizio quanti documenti si vogliano, l'introduzione delle prove orali deve essere moderata in base a due criteri, quello della *legalità* e quello della *concludenza.* Appunto perchè ad assumerle occorre l'opera del giudice e si richiedono tempo e spese, sarebbe assurdo permettere senza freno ai litiganti di far esaurire prove su prove, quando all'efficacia delle medesime si opponesse qualche formale divieto della legge, o quando avessero per oggetto fatti estranei ovvero inconcludenti, o già a sufficienza provati, o contraddetti in modo insuperabile dalle prove già raccolte.

Per il che dev'essere libero alla parte contro cui la prova è *proposta,* di opporsi al suo esaurimento e di provocare così l'intervento del giudice anche ad un altro effetto: quello di pronunziare sulla *ammissibilità* della medesima.

Nel codice francese troviamo, in relazione a questo punto, stabilito che ciascuna prova orale sia ammessa *con sentenza.* Il legislatore italiano ha saviamente cercato di evitare il bisogno della sentenza in alcuni casi, come or ora vedremo.

273. Ma l'intervento del giudice, prima della *pronunzia finale* (sul merito), è richiesta oltre che dal bisogno delle prove orali, anche da molte altre e variabilissime circostanze che nelle civili controversie si possono verificare. Accade molto spesso che prima di poter decidere sul merito di una lite, anzi prima di poterne completare la istruttoria, si presenti il bisogno di sgombrare il terreno da certe questioni, la decisione delle quali serve di *mezzo* al *fine* ultimo della controversia che è l'accoglimento o il rigetto delle domande od eccezioni. Per esempio: si è prodotto un documento pubblico e la con-

Digitized by Google

troparte lo accusa di falsità; si è fondata una azione sopra i risultati di un'amministrazione tenuta e il conto della gestione è in alcune partite contestato. In simili ipotesi, la deliberazione sull'accusa di falso, la liquidazione e l'approvazione del conto, sono *mezzi* che *preparano* la decisione finale della lite e quindi appartengono all'istruttoria, sebbene non siano prove pure e semplici, ma vere controversie che a loro volta esigono istruzione e specifica decisione da parte del giudice.

Può anche avvenire che in una lite si manifesti il bisogno di aggiungere altre persone agli originari contendenti (attore e convenuto), mercè l'*intervento in causa di un terzo* o la *chiamata di un garante*. Si comprende come l'ammissibilità di questi nuovi contendenti possa formare oggetto di discordia fra le parti principali. Il qual caso verificandosi, sarà pur richiesto un provvedimento del giudice che faccia luogo all'entrata in causa del garante o dell'interveniente, affinchè poi la lite si istruisca e si discuta fra tutti gli interessati. Anche in siffatto provvedimento, e nella questione che lo provoca, riscontriamo la proporzione di *mezzo*, relativamente al giudizio principale; e precisamente di un *mezzo istruttorio*.

Sonovi talune eccezioni che per l'indole loro, a seconda della decisione che ottengono, influiscono o no sulla utilità dell'istruttoria di una lite. Tali quella d'incompetenza, quella di perenzione d'istanza, quella di prescrizione, quella di nullità di qualche atto processuale e quella d'incapacità di una delle parti, per tacere d'altre. Simili eccezioni, se accolte, impediscono la continuazione del processo; se riconosciute infondate e respinte, non esercitano nessuna ulteriore influenza sulla causa. Ora suppongasi una lite di pesante e dispendiosa istruttoria, nella quale una di esse sia presentata. Può tornare non solo comodo ma utilissimo alle parti, di far decidere preliminarmente sulla eccezione: od il magistrato l'accoglie, ed avranno risparmiato l'aggravio di atti istruttorii frustranei e costosi; o la respinge, e procederanno allora più libere e sicure, franche dall'incubo della perentoria eccezione, che più non sta sospesa sul loro capo.

Ecco perchè, malgrado si possa ben concepire che queste eccezioni siano discusse fra le parti ed esaminate dal giudice anche insieme al merito della lite, è accettabile e plausibile l'idea che formino oggetto di una controversia e di una decisione a sè; il che vedremo sancito dalla legge espressamente per le eccezioni di incompetenza e per quelle di nullità. Tali controversie e le loro risoluzioni, funzionano esse pure da veri e propri elementi dell'istruttoria, in quanto le spianano la strada e ne agevolano il compimento.

274. Non sono certamente questi, da noi brevemente accennati, i soli casi in cui occorra, nel corso di una lite, che il giudice intervenga

Digitized by Google

a impartire provvedimenti preliminari i quali giovino, o direttamente od indirettamente, alla istruttoria della medesima. Nè pensiamo sia possibile di indicarli tutti con esattezza; però ci pare sufficiente a dare un'idea dello svolgimento di una istruttoria la designazione di quelli qui sopra mentovati, che riduconsi a quattro classi o gruppi:

1° introduzione di prove orali in giudizio;

2° contestazione sopra il valore giuridico *formale* di una prova precostituita;

3° introduzione di nuove persone nel contraddittorio;

4° risoluzione di questioni sollevate mediante eccezioni perentorie, d'ordine o di merito, impedienti l'ingresso della istruttoria.

Una avvertenza importante è opportuna circa la seconda categoria. Essa contiene in via esclusiva, come già abbiamo fatto notare, controversie complesse e bisognevoli per sè medesime di una speciale istruttoria. Tali sono la querela di falso, la verificazione di scritture private e la resa di conto, che poniamo tutte insieme, perchè se le prime due hanno per iscopo di indagare la verità e la forza probante estrinseca di un documento, la terza ha uno scopo analogo nei riguardi di un conto. Ciascuna di queste controversie può presentarsi nel corso di una lite, come mezzo per la istruzione della stessa. Ma può anche isolatamente formare oggetto di azione. La legge tiene conto di questa particolarità, e noi pure la considereremo nelle separate trattazioni che seguono. Per ora, a fine di chiarezza, non ne parliamo che come di mezzi istruttorii, ponendoli accanto a quelli delle altre categorie indicate.

275. A disciplinare le forme della ingerenza del giudice in ciascuno dei casi che si sono rammentati, la legge ha disposto un rito speciale, quello degli *incidenti*, più semplice e breve del procedimento ordinario, che si innesta nel medesimo e gli crea intorno, quasi diremmo, una serie di ramificazioni, le quali, insieme al tronco principale, formano poi un organismo solo ed armonico.

Il codice detta le norme per la procedura degli incidenti in via generale, senza definire che cosa esso designi sotto il nome d'*incidente*. Non sapremmo approvare questo silenzio, che se risparmiò una difficoltà al legislatore, non favorì di certo la chiarezza delle sue disposizioni. Mano mano che si procede nell'esame del codice troviamo prescritta la trattazione *colla forma degli incidenti* per parecchie specie di questioni; in prima linea per tutte quelle che abbiamo testè indicate come appartenenti all'istruttoria del litigio. Se a queste fosse esclusivamente riservato il rito degli incidenti, potremmo facilmente stabilire noi la definizione che manca nel codice; ma poichè il rito medesimo è ordinato anche per altre specie di questioni, che

Digitized by Google

a volte hanno carattere di accessorie alla principale, a volte fisonomia specialissima, ci troviamo nella impossibilità di fare più di quel che abbia fatto il legislatore. I tentativi di altri proceduristi ci confermano l'opportunità di non definire ciò che non può essere abbracciato in una sola formola, non essendo questa applicabile ad una aggregazione di casi fra loro disparatissimi. A sintetizzare l'analisi fatta in precedenza possiamo dire soltanto: che la legge considera *incidenti in causa* tutte le questioni, la proposta e risoluzione delle quali sta in rapporto di *mezzo* a *fine* coll'istruttoria e decisione della medesima; e che inoltre *si trattano col rito speciale degli incidenti* le altre questioni per le quali la legge lo ha stabilito.

276. Dovendo studiare parte per parte l'istruttoria della lite, ci riesce indispensabile adunque conoscere la procedura stabilita in generale per gli incidenti, la quale serve appunto ai vari mezzi di istruzione già ricordati. Le regole che esamineremo s'intendono applicabili anche alle altre specie di procedure che seguono il rito degli incidenti, di cui si farà parola alle rispettive opportune sedi.

Un'altra avvertenza dobbiamo premettere. Le *regole generali* del procedimento incidentale sono quelle che ora siamo per esporre. Ma per alcune specie d'incidenti la legge prescrive *regole particolari*, che, dove ne sarà il caso, verranno poste in rilievo.

277. La genesi di ciascun incidente sta in una domanda, in una eccezione, od in un argomento di fatto o di diritto che viene addotto a propria difesa da uno dei litiganti. Indi è che gli atti da cui gli incidenti prendono le mosse, sono le *comparse* che scambiansi fra le parti nel corso del giudizio. Nella comparsa il convenuto dichiarerà di aver d'uopo di chiamare in causa un garante, di voler provare la propria liberazione dal debito con una prova orale, di non riconoscere competente l'autorità giudiziaria adìta, e via dicendo. Il simile per l'attore.

La parte contro cui una di cotali domande o dichiarazioni viene proposta, può ammetterla, salvo di discutere sul merito della lite. Può invece farvi opposizione e rendere così necessaria una deliberazione del magistrato. È quindi indispensabile che la proposta di simili questioni sia regolata in modo da potersi sapere sollecitamente se vi ha o non vi ha *controversia incidentale*, al quale effetto non basterebbe attendere la risposta alla comparsa nei termini ordinari del procedimento, sia perchè la risposta è semplicemente facoltativa, sia perchè ad ogni modo, la stessa adesione ad una domanda incidentale può richiedere disposizioni successive del giudice, in ordine a quanto ne forma l'oggetto. Pertanto nel procedimento incidentale è stata conferita al presidente del tribunale una

Digitized by Google

speciale giurisdizione, che ne agevola lo svolgimento, così dal punto di vista della economia come da quello della celerità.

278. Proposto l'oggetto dell'incidente con una comparsa, la parte ha facoltà di attendere le deduzioni del suo avversario. Suppongasi che sia proposta nella comparsa una prova testimoniale; l'avversario dichiarando di ammettere i fatti che vorrebbersi provare, renderebbe superfluo proseguire l'incidente. E così in altri casi può tornare utile una consimile attesa. Ma sia che l'avversario non risponda, o che la parte la quale promuove l'incidente non voglia indugiare, essa lo citerà a comparire innanzi il presidente del tribunale, il quale od in persona, o a mezzo di un giudice delegato da lui all'uopo (art. 186 e art. 201 e 202 regol. giudiz.), tiene udienze settimanali per gli incidenti. Nei tribunali composti di più sezioni il presidente di ogni sezione, od il giudice da lui delegato, tiene tali udienze, per le cause alla propria sezione appartenenti. La citazione, nella quale deve essere designato il giorno dell'udienza incidentale, è atto dell'usciere e può farsi indifferentemente appiedi della comparsa e insieme alla notificazione di essa, ovvero in via separata per semplice viglietto: il termine di comparizione è di tre giorni; ma nei casi d'urgenza è in facoltà del presidente di abbreviarlo anche ad ore (art. 185). La citazione è diretta al procuratore costituito, in rappresentanza della parte.

279. Se queste forme preliminari sono semplicissime, non lo è meno la trattazione che si fa innanzi al presidente. Egli non è punto tenuto ad interporre l'opera sua per eccitare le parti ad una conciliazione nel caso che sieno discordi. Ma si limita a prendere cognizione della domanda incidentale e delle dichiarazioni dei litiganti, che raccolgonsi in apposito processo verbale, all'effetto indicato nell'art. 181, che ci è indispensabile riferire colle parole stesse del testo: «Se le parti siano d'accordo sulla risoluzione (*il presidente*) provvede per l'esecuzione. Se non siano d'accordo, rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente od anche del merito». Poche parole, che hanno fatto scrivere infinite pagine di commenti e che procureremo di illustrare a nostra volta nel modo più semplice e razionale. Avvertasi che questo articolo 181 è considerato uno dei *punti più oscuri* del codice di procedura.

280. Se le parti siano d'accordo. — In questa ipotesi il presidente provvede per la esecuzione. Ciò in primo luogo significa che nel caso di accordo delle parti, non rimane al magistrato nulla a decidere e deve solo suggellarne ed adempierne le volontà. In un certo senso questa regola muove da un concetto esatto del procedimento civile, lo sviluppo del quale, nella istruzione come nel merito,

Digitized by Google

è affidato alla diligenza ed all'interesse dei contendenti. Ma per altri riguardi il dettato della legge è assai imperfetto. Suppongasi un incidente sopra la *eccezione di incompetenza*. Il citato viene alla udienza incidentale e dichiara che riconosce la incompetenza del tribunale. A quale *esecuzione* provvederà il presidente? Dell'argomento riparleremo nella seguente sezione (n. 291). Ma ognun vede sin da ora che egli non può certo *giudicare la incompetenza* del tribunale, in base all'accordo delle parti; e che, se la giudicasse, la sua pronuncia rimarrebbe senza alcun effetto. In questo e negli analoghi casi non regge adunque l'applicabilità letterale della prima regola. Essa procede invece quando sia oggetto dell'incidente la chiamata di altre parti nella causa, ovvero l'ammissione di una prova. Poichè nella prima ipotesi il presidente darà gli ordini opportuni per effettuare la messa in causa del garante o dell'interveniente, nel secondo darà le disposizioni (che più oltre vedremo quali siano) per far esaurire la prova. E così la giurisdizione di cui parliamo potrà essere esercitata anche sovra altre specie di domande incidentali. Se chiedasi un provvedimento di custodia o conservazione nel corso di una causa di rivendicazione, od un assegno provvisionale durante un giudizio di divisione, e le parti lo concordino, il presidente disporrà per l'esecuzione.

Notisi per altro che non manca un ulteriore argomento di censura alla legge. Le parti possono essere consenzienti nel chiedere un provvedimento *illegale*: p. es. l'ammissione di una prova testimoniale sopra oggetto per cui è proibita. Potrà il presidente *negare esecuzione* alla volontà dei litiganti? No; la disputa sopra la legalità della prova o di quant'altro fu materia del provvedimento, rimarrà impregiudicata per il giudizio di merito; intanto però la legge pone il magistrato nella contingenza di dover concorrere coll'autorità sua a mettere in vita atti illegali, che egli stesso poi sedendo in collegio dovrà riconoscere per invalidi ed inefficaci. Nè la logica nè l'economia giudiziaria vi guadagnano di certo.

Le disposizioni che il presidente dà nel caso di accordo delle parti, come quelle di cui parleremo nei numeri seguenti, hanno la forma della *ordinanza*, presentandosi qui tutti gli estremi indicati nel primo capoverso dell'articolo 50.

281. Se le parti non siano d'accordo. — La giurisdizione del presidente è, in via normale, assai ristretta, di fronte alla discordia delle parti. Egli *dirige* il procedimento incidentale; ma il definire le controversie che in questo si determinano deve appartenere al magistrato stesso che ha giurisdizione sul merito della azione. Diretta od indiretta che sia, ciascun incidente istruttorio ha una influenza sopra

Digitized by Google

il finale risultato della lite; se poi non si tratta di incidenti d'istruttoria, ma di domande accessorie od altrimenti connesse colla principale, è chiaro che venuta meno la speranza d'un accordo fra le parti cessa la ragione di trattenerle avanti il presidente. Per l'uno o l'altro degli indicati motivi, è dunque il tribunale che, nel caso di discordia fra i litiganti, deve, con sentenza interlocutoria od incidentale, dare la deliberazione di sua competenza. E però l'ordinanza del presidente dovrà in questo caso rimettere la ulteriore trattazione dell'incidente innanzi al collegio. Perchè questa trattazione abbia luogo colla speditezza che non può scompagnarsi dall'indole di una disputa incidentale, il legislatore prescrive per essa una forma di procedura analoga al rito sommario. Il presidente rimette le parti avanti il tribunale ad *un'udienza fissa* (art. 181), e nella stessa ordinanza dà altre disposizioni relative alla iscrizione a ruolo dell'incidente ed allo scambio delle comparse conclusionali, non che alla relazione della causa (art. 184). Il rito incidentale e quello sommario presentano molte analogie, sebbene non si debbano del tutto confondere, come dimostreremo meglio nel n. 427 (v. anche n. 286).

282. Come si accerterà il disaccordo delle parti? Mediante le loro dichiarazioni, se entrambe si presentano, o pel fatto stesso della non comparizione della parte citata, se questo si verifichi. Il codice parla qui (articoli 183 e 184) affatto impropriamente di *contumacia dei procuratori*. Simile specie di contumacia non è ammessa dal nostro sistema processuale. Il procuratore una volta costituito rappresenta costantemente la parte; e la sua non comparizione all'udienza incidentale è soltanto una forma di tacita opposizione, giacchè attesta in un modo legale ed efficace il rifiuto di aderire alla domanda avversaria.

Se non compare innanzi il presidente colui che si è reso attore incidentale, è in facoltà dell'altra parte, regolarmente comparsa, di manifestare la propria opposizione e chiedere il rinvio al tribunale per la decisione, prevenendo così la possibilità di vedere risollevata più tardi la medesima istanza. Potrà ancora, in questa ipotesi, lasciar cadere senza effetto l'udienza e colla immediata iscrizione a ruolo affrettarsi alla chiusura dell'istruttoria se ciò le sembri più conforme al proprio interesse. Non comparendo invece nè l'una nè l'altra, l'incidente si ha come non proposto, ma resta possibile tuttavia di riproporlo.

283. Il testo che abbiamo preso ad analizzare parla di rimessione a udienza fissa *per la risoluzione dell'incidente* OD ANCHE DEL MERITO. Che cosa significano le ultime quattro parole, al primo aspetto quasi sibilline?

Digitized by Google

Per dirla colla relazione Pisanelli, essi significano che *sopra istanza di una parte* il presidente « invece di limitare la discussione sull'incidente, potrà fissare l'udienza per la decisione di questo e ad un tempo del merito della causa. Tale facoltà attribuita al detto magistrato è diretta ad impedire che una delle parti possa, col proporre questioni incidentali, al solo scopo di defatigare l'avversario, protrarre troppo a lungo la definizione del giudizio ».

Che sia un'ottima idea quella di aprire la strada alla cumulazione del giudizio sul merito con quello sull'incidente, niuno lo può negare. Perchè se è vero che ciascuna delle parti ha facoltà di promuovere, mercè l'iscrizione a ruolo, la chiusura della discussione scritta, non è meno vero che col favore degli incidenti un litigante di mala fede sarebbe in grado di guadagnare assai rilevanti proroghe alla decisione della causa. Il codice ginevrino, in omaggio a questa considerazione, lasciò all'arbitrio prudente del magistrato di pronunziare in simili casi sul merito di una lite quando la trovi *in istato di essere giudicata* (art. 101 e 150); ma forse questa è disposizione che racchiude qualche pericolo nella sua ampiezza soverchia. Il nostro, cui non si può negare encomio per aver tentato una sistemazione razionale degli incidenti, ha ritenuto opportuno vincolare il potere arbitrario del collegio giudicante con una preventiva determinazione dell'ambito della controversia, che affidò al presidente, come parte della sua giurisdizione incidentale. Nè in ciò vi sarebbe argomento di critica, se invece di chiudere in sole quattro parole la propria idea, l'avesse il legislatore spiegata in breve ma con chiarezza. La relazione Pisanelli offre invero un succoso ma bastevole commento per illuminarci sull'intenzione affidata a quelle quattro parole. Ma essa non forma interpretazione autentica; e per quanto autorevole sia considerata da tutti, non bastò a salvare il testo dai sofismi e dalle sottigliezze del fôro e dalle divergenti interpretazioni della giurisprudenza e degli scrittori.

284. Appaghiamoci di fissare i punti più importanti della intelligenza razionale da darsi al laconico linguaggio della legge.

In primo luogo è da rilevare che il presidente non può d'*uffizio* unire il merito all'incidente; questa è conseguenza naturale dei principii fondamentali del nostro diritto giudiziario. Lo potrebbe solo quando la legge gli avesse *espressamente* conferita tale facoltà.

Occorre adunque *una istanza di parte*. La quale potrà benissimo accadere che sia *consensuale;* giacchè non repugna il pensare che quegli stesso il quale propose le domanda per incidente, concordi nel chiedere che *nel caso di reiezione di tale domanda*, si passi alla immediata decisione del merito. Ma anco se non fosse consensuale, e perfino

Digitized by Google

se intorno alla unione del merito si manifestasse opposizione di una parte, reputiamo che l'istanza non possa nè debba essere dal presidente respinta. Egli non *decreta* che si *decida* insieme dell'incidente e del merito, lo che vorrebbe dire implicitamente doversi rigettare la istanza incidentale. Ma stabilisce semplicemente che innanzi al tribunale si *discuta* insieme all'incidente anche il merito, perchè, se il tribunale troverà di respingere quello possa esaminare questo. L'istanza di una parte per l'unione del merito significa semplicemente che essa ritiene *già esaurita l'istruttoria;* può il presidente recar giudizio su questo apprezzamento? No di certo, perchè all'uopo dovrebbe esaminare da cima a fondo la lite, ciò che non è nella cerchia delle sue attribuzioni come giudice d'incidenti. D'altronde quale pericolo vi sarà, nell'accogliere la domanda di unione? Nessuno per certo: giacchè il tribunale avendo dinanzi a sè la proposta dell'incidente, non è costretto a giudicare sul merito nel caso che lo riconosca prematuro. Ed alla parte che si oppone alla riunione, non è vietato di combatterla innanzi al tribunale, e perfino di chiedere, *anche nell'ipotesi di rigetto dell'incidente*, che rimanga differita la decisione sul merito per dare luogo a maggiore istruzione.

285. È quasi perspicuo, dopo queste osservazioni, che l'ordinanza del presidente, non ledendo interessi di alcuno, non può essere suscettiva di verun reclamo. Essa d'altronde non vincola in alcun modo il tribunale, che potrà giudicare dell'incidente, e separare il merito da esso se non lo trovi maturo a decisione. Ma l'effetto più importante dell'ordinanza è questo: di costituire in mora le parti a discutere anche il merito. Se una si astenga dall'occuparsene e non prenda conclusioni sovra di esso, dovrà poi imputare a sè le conseguenze del proprio contegno. Ciò del resto è perfettamente logico e non può essere stimato da chicchessia un indebito aggravio alla condizione dei litiganti.

Se però l'ordinanza del presidente avrà rimesse le parti soltanto per la discussione dell'incidente, potrà dinanzi al tribunale essere discusso anche il merito? Quando tutte le parti consentano nella riunione, non v'è motivo di negarne loro la facoltà; viceversa, se una si rifiuta o si astiene, non avrà l'altra diritto che sia tenuto conto delle sue conclusioni sul merito. Perocchè questo appunto il legislatore deve aver voluto, dettando l'articolo 181, che, cioè, solo l'ordinanza presidenziale renda *obbligatoria* la discussione del merito, rimanendo a rischio dei litiganti le conseguenze della astensione (1).

(1) Si ponga mente però a quanto è detto nel n. 322, rispetto al caso particolare ivi contemplato.

Digitized by Google

Non mettiamo poi in dubbio che le parti abbiano diritto di restringere, di pieno accordo fra loro, la discussione all'udienza *al solo incidente*, quando pure l'ordinanza le abbia rimesse anche pel merito.

286. Resta da toccare un punto assai disputato. Quando sia rinviata al tribunale la decisione sull'incidente e sul merito, verranno seguìte le identiche norme accennate nell'antecedente n. 281; vale a dire il presidente fisserà l'udienza per la discussione e il termine per lo scambio delle comparse conclusionali, ecc. Notammo l'analogia di tali norme con quelle del procedimento sommario. Ma il procedimento sommario *viene istruito all'udienza;* il che significa potersi all'udienza (e nella comparsa conclusionale) introdurre qualunque novità di mezzi istruttorii, di domande, di eccezioni, che nel rito formale sono in genere proibite. Si chiede pertanto se col rimettere la discussione del merito a udienza fissa, si operi una mutazione di procedimento, sì che tutta la causa possa considerarsi ormai soggetta alle regole del procedimento sommario. Troppo ci vorrebbe anche solo a riassumere le infinite polemiche ed i ragionamenti pro e contro sviluppati da acuti scrittori. A ridurre in breve la manifestazione dell'avviso secondo noi preferibile, osserviamo:

a) che lo scopo della legge è stato quello di offerire un mezzo per chiudere il contraddittorio alla parte che creda *sufficientemente istruita* la causa, contro i conati di defatigazione del suo avversario;

b) che niuna parola del testo autorizza a supporre implicato nell'attuazione di questo mezzo un mutamento del rito ordinario;

c) che una rimarchevole differenza vi è tra le regole del rito sommario puro e semplice e quelle dettate nell'art. 184 per la discussione che si porta a udienza fissa coll'ordinanza presidenziale. Infatti questo articolo in principalità prescrive che le comparse conclusionali siano comunicate fra i procuratori *mediante notificazione* prima dell'udienza. Invece nel rito sommario esse si *scambiano all'udienza* e *mediante trasmissione* tra i procuratori, la quale forma è strettamente connessa col sistema dell'istruzione della causa all'udienza. Inoltre l'articolo stesso ammette che la relazione della causa possa essere affidata ad un giudice, il che non è compatibile colla natura del rito sommario ed infatti in esso la preventiva nomina di un relatore mai non ha luogo (art. 390, capov. secondo).

Ciò tutto ci induce nel convincimento che la decisione sul merito, secondo l'ipotesi dell'ultimo inciso dell'articolo 181, non possa aver luogo se non quando si riesca a giustificare che l'istruttoria è già completa e che la domanda incidentale non presenta, in rapporto ad essa, veruna utilità. Chi ha bisogno ancora di provvedere all'istruttoria della propria difesa, potrà combattere il proposto incidente; ma

Digitized by Google

non potrà pretendere che si decida sul merito con una procedura che non s'addice alla causa (1). Non potranno quindi, con la comparsa conclusionale e alla udienza di discussione essere prodotti nuovi documenti, elevate nuove eccezioni, aggiunte nuove domande, per ottenere la decisione sul merito.

287. La procedura incidentale presenta evidentemente il pregio della celerità, qualora ottengasi l'accordo delle parti. E ciò in ispecie quando trattisi di ammissione di prove o di misure conservatorie od interinali. Ma l'accordo non è facile a conseguire; e potrà sembrare utile ad un litigante opporsi alla domanda dell'avversario, se pure la riconosca giusta e fondata, per guadagnar tempo e per tentare le sorti della discussione. Ora, quando si abbia da rimettere la decisione della controversia al tribunale, ne deriva una dilazione che può talvolta riuscire incompatibile colla urgenza del provvedimento domandato. Per soddisfare il bisogno di una più pronta risoluzione nei casi urgenti, la legge conferisce speciali poteri al presidente, investendolo provvisoriamente e con effetto precario della giurisdizione che spetta al collegio. Egli può dare, in tali casi, colla sua ordinanza, i provvedimenti necessari, dichiarandola esecutiva non ostante reclamo, con o senza vincolo di cauzione (art. 182). Diciamo questa eccezionale giurisdizione essere di carattere precario, perchè non si sostituisce irrevocabilmente a quella del tribunale. Se contro l'ordinanza del presidente sia elevato reclamo, è il tribunale che giudica in sede di prima istanza, confermando o revocando la deliberazione impugnata (art. 183). Il reclamo, che si discute a udienza fissa esso pure, giacchè la controversia conserva sempre la sua natura incidentale (capov. art. citato), può essere proposto subito dopo la emanazione dell'ordinanza, e nello stesso processo verbale dell'udienza presidenziale; allora l'udienza per la discussione innanzi il collegio è fissata dal presidente. Può anche essere proposto successivamente mediante citazione nel termine di tre giorni, la decorrenza dei quali ha luogo dalla pronunziazione dell'ordinanza quando i procuratori vi siano stati presenti, o dalla notificazione nel caso contrario (art. cit.). Questa regola circa la decorrenza del termine è generale per tutte le ordinanze come risulta dal primo capoverso dell'art. 367.

Mancando il reclamo nel termine di tre giorni, l'ordinanza diventa irrevocabile, salvo il caso, crediamo noi, di eccesso di potere, che è

---

(1) La relazione Pisanelli convalida l'opinione nostra. Vi leggiamo: " Venendo la causa rimessa a udienza fissa... non si è creduto per tale caso di deviare affatto dalle norme *della procedura ordinaria* ". La *procedura ordinaria* è la formale.

Digitized by Google

contemplato nell'ultimo capoverso dell'art. 209 di cui si avrà occasione di trattare nella sezione quarta. La irrevocabilità predetta non è da parificare alla autorità della regiudicata che nasce soltanto dalla sentenza (art. 1351 codice civile), cioè da un atto di piena giurisdizione. Essa piuttosto trae la sua ragione dall'acquiescenza delle parti al provvedimento presidenziale; nè il termine assegnato dalla legge, oltre il quale se ne presume l'accettazione, può sembrare troppo breve, considerata la necessità di rendere spedita in ogni parte la procedura degli incidenti.

288. Rinunciando a trattare qui di molte sottili questioni che sorgono nell'applicazione delle regole esposte, dobbiamo accennare ad una soltanto che ha una vera importanza di massima. Un incidente potrà essere proposto direttamente al tribunale, con citazione dell'avversario a udienza fissa? In teoria dobbiamo dire che può esserlo. La comparizione avanti il presidente ha lo scopo essenziale di provvedere alla esecuzione immediata nel caso di accordo delle parti. Per conseguenza, colui che sia citato *ex primo* davanti il tribunale avrà diritto di chiedere semplicemente l'osservanza delle forme stabilite, senza fare intanto dichiarazione alcuna sulla domanda dell'avversario. Ma da altro lato, se egli comparendo davanti il tribunale si opponga alla domanda e la discuta, non potrebbe eccepire insieme la irregolarità del procedimento, giacchè la sua opposizione attesta la inutilità di far indietreggiare la controversia alla prima fase normale. I giudici non potrebbero poi in verun caso elevare d'uffizio simile eccezione, che riguarda soltanto l'interesse privato dei litiganti. È questa una osservazione che ha valore generale in tutte le questioni relative al rito ed al fedele adempimento delle regole per esso stabilite; conviene che gli studiosi la tengano presente, senza bisogno di ripeterla ad ogni momento.

Sezione II. — *Incompetenza e nullità di atti.*

289. Nello esaminare i varii gruppi d'incidenti istruttorii menzionati già al n. 274, non seguiamo l'ordine ivi segnato, tornando opportuno, per ragione di metodo, toccare in prima dei più semplici e poi di quelli che presentano maggiori complicazioni processuali.

Cominciamo a dire pertanto delle questioni sulla incompetenza. Avendo già nel primo libro distesamente spiegate le disposizioni date dal codice negli art. 187 e 188, ci sta ora dinanzi solamente la regola dello art. 189, così espressa: «Le questioni di incompetenza e di declinatoria del fôro sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti». Di questo testo esponemmo la ragione (n. 273), laonde qui non accade che di esaminarne le applicazioni.

Digitized by Google

290. In siffatto proposito giova avvertire che la forma incidentale non è di assoluta necessità per le eccezioni d'incompetenza, poichè nulla impedisce di proporle, discuterle e farle giudicare con la sentenza definitiva, in forma di questione pregiudiziale al merito della controversia. Ciò è più chiaro rispetto a quelle eccezioni d'incompetenza che possono essere proposte in qualunque stato e grado di causa, e quindi anche nella comparsa conclusionale, dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo. È dunque una *facoltà* che la legge ha data alle parti per loro comodo; ma il proporre l'eccezione d'incompetenza nella forma ordinaria di ogni altra istanza o difesa, è sempre permesso: a patto soltanto che la *declinatoria del foro*, cioè la incompetenza per territorio, sia elevata prima d'ogni altra istanza o difesa.

291. Quali sono i poteri del presidente, rispetto all'incidente sulla competenza? Se si tratta d'incompetenza *relativa* (territorio, connessione), l'accordo delle parti dinanzi a lui lo autorizzerà a pronunciare ordinanza la quale rimetta al magistrato competente la controversia. E ciò, non perchè il presidente abbia autorità di dichiarare l'incompetenza del collegio a cui egli appartiene, ma perchè l'ordinanza suggella semplicemente una convenzione delle parti, le quali in tema di competenza relativa sono libere di stabilirla come credono. Gli è appunto in virtù di una considerazione inversa, che nel caso di questione sovra la competenza assoluta, l'accordo delle parti non autorizzerebbe il presidente a pronunziare ordinanza di rinvio ad altra autorità. Qui l'accordo delle parti non ha alcun valore: l'ordinanza del presidente dovrebbe adunque dichiarare d'incompetenza, ossia contenere una deliberazione eccedente dai suoi poteri. In conseguenza, siano pure d'accordo le parti, il presidente non altro potrà che rimetterle a udienza fissa al collegio, sovra istanza di quella che vi ha interesse. Solo cesserebbe questa necessità, se l'attore riconoscendo l'errore commesso operasse rinunzia agli atti del giudizio, accettata dal convenuto. La rinunzia non risolverebbe la questione di competenza, ma toglierebbe al tribunale adìto la cognizione della causa.

Il giudizio incidentale sulla incompetenza può essere provocato da quegli stesso che eleva l'eccezione, o anche dalla parte contro cui l'eccezione è dedotta quando la comparsa che la propone non sia accompagnata da citazione per la risoluzione dell'incidente. Del resto, per qualunque incidente è ammissibile la stessa regola.

292. Rispetto alle eccezioni di nullità degli atti di procedura, senza distinguere tra la violazione di formalità essenziali od accidentali, l'art. 192 dichiara: che per esse le parti si provvedono nel modo stabilito per gli incidenti; e che, se è contumace la parte cui l'ecce-

Digitized by Google

zione competerebbe, questa sarà rilevata d'uffizio. L'applicazione di questa seconda regola non può avvenire senza derogare dall'osservanza della norma processuale stabilita nel primo alinea; giacchè il contumace non può proporre incidenti, nè il giudice per lui. Non si dimentichi per altro che, anche nelle discussioni in contraddittorio, la forma degli incidenti è posta a disposizione delle parti per loro comodità, se ed in quanto vogliano sbarazzare il campo della istruttoria da una questione di carattere preliminare. In alcuni casi di nullità, come in tutti i casi d'incompetenza, di incapacità e d'altre eccezioni perentorie, la sentenza che pronunzia sull'incidente, qualora accolga l'eccezione che ne forma oggetto, è per necessità una sentenza *definitiva* del *merito* od almeno del *giudizio* (secondo che l'eccezione sia perentoria del merito o della procedura). Ma se il legislatore, pur essendo consapevole di questa possibilità quando dettava gli art. 189 e 192 (poichè non si può supporre che gli sia sfuggita) ha creduto di lasciarla sussistere, l'interprete non ha facoltà di modificare i testi della legge, per circoscrivere, come opina qualche scrittore, a talune specie soltanto delle indicate questioni l'applicabilità del rito incidentale.

293. Proposto un incidente d'incompetenza o di nullità, potrà essere domandata la discussione di esso unitamente a quella del merito? Vi furono legislazioni che credettero di doverlo vietare espressamente, rispetto alle questioni sulla *competenza;* e così il codice francese (art. 172). Ma i codici sardi non riprodussero quel precetto e neppure il nostro. Onde non vi ha motivo per derogare dal generalissimo disposto dell'art. 181, tanto più per non esservi alcuna incompatibilità logica nell'unione in discorso.

294. Le regole *fondamentali* in materia di nullità, sono quelle che esponemmo nel libro precedente (n. 63 e segg.). Il legislatore ha trovato opportuno di aggiungere alcune norme *processuali* che si trovano scritte avanti a quella dell'art. 192, e precisamente negli articoli 190 e 191. Tali norme non hanno altro scopo sostanziale che quello di restringere in certi confini la potestà di opporre l'eccezione contro *gli atti della procedura* che si trovassero affetti da vizi abbastanza gravi da renderli nulli od annullabili. Sotto il nome di *atti di procedura* sono designati gli atti *delle parti*, ed in questo senso la legge usa la stessa frase nell'art. 191. Quindi non sono contemplati qui gli atti dei giudici o dei cancellieri; quanto agli atti di usciere, bisogna distinguere: le citazioni e le notificazioni, eseguite dagli uscieri, sono considerate nel sistema della legge come atti di parte; ed infatti, l'atto di cui principalmente si occupano le disposizioni in esame, dedicando ad esse le norme contenute nell'art. 190, è l'atto di

Digitized by Google

citazione. Il principio generale che informa l'accennata limitazione è il seguente: che l'eccezione di nullità se non è proposta immediatamente dopo conosciuto l'atto nullo, s'intende sanata per rinunzia o ratifica dell'interessato. La ragione ne va cercata in ciò, che le forme degli atti di procedura sono destinate a guarentire l'interesse delle parti e l'effetto degli atti medesimi fra di esse. Ora se un litigante, dopo che il suo avversario abbia posto in essere un atto nullo, prosegue la difesa, tenendo conto di quello come se fosse pienamente regolare, ciò dimostra avere l'atto medesimo raggiunto il suo effetto; manca pertanto interesse in lui per farlo annullare.

295. Rispetto all'atto di citazione, questo principio, giusta l'articolo 190, si concreta nella regola che la comparizione del citato sana la nullità della citazione. La legge non distingue tra vizi e vizi; e noi non dobbiamo distinguere. Le nullità che derivano da incertezza o deficienza del termine a comparire, ovvero da incertezza circa le persone dei litiganti o sul giudice da adire, perdono manifestamente ogni gravità, quando il citato compare in giudizio. Le altre, che riguardano l'oggetto della domanda, le ragioni di fatto o di diritto, la perdono del pari, giacchè in grazia della comparizione il citato avrà modo di essere chiarito di ogni lacuna od oscurità della citazione. Fu savio consiglio quello del nostro legislatore, di rendere omaggio alle ora dette considerazioni e togliere oziose e vessatorie contese che furono pur rese possibili dal codice francese (art. 173) e in diverso grado dai due sardi (cod. 1854, art. 256, e 1859, art. 253).

296. Si deve fare però un'avvertenza importante. La *comparizione* sana la nullità della citazione; ciò significa che questa diventa valida *dal giorno in cui ha luogo la comparizione.* Per conseguenza, se prima di tal giorno il convenuto avesse potuto *acquistare un diritto* che gli sarebbe stato impedito da una citazione valida, codesto diritto egli conserva impregiudicato malgrado l'effettuata comparizione. Così, se nell'intervallo tra la citazione nulla e la comparizione si fosse compiuto il periodo della prescrizione; così se si fosse compiuto il termine per l'appello; il diritto ad opporre la prescrizione o la regiudicata, acquistato prima del giorno in cui la citazione diventa valida, conserva ogni suo effetto (cit. art. 190).

Ma i lettori devono rammentare come a tenore del capoverso dell'art. 145 (v. n. 226) le nullità che colpiscono soltanto la notificazione dell'atto, non tolgono alla citazione l'attitudine ad impedire ogni decadenza di diritti e di termini. È quindi da intendere, e l'articolo 190 lo dichiara, che la riserva dei diritti quesiti vale pei soli casi in cui vi fu possibilità di acquisirli. Pertanto nell'ipotesi del citato capoverso dell'art. 145, l'ordine che il giudice imparte perchè

Digitized by Google

la citazione sia rinnovata, mantiene in istato condizionale i diritti che il citato avrebbe acquistati e potrebbe far valere in grazia della nullità della citazione. In altri termini: se l'ordine di rinnovazione sarà regolarmente ed esattamente adempiuto, la citazione si considera valida dalla prima sua data, per ogni effetto a questa successivo; se non sarà adempiuto, o se nuove nullità saranno commesse, la citazione è da considerare nulla fino dal principio, e potranno in tal caso essere fatti valere i diritti quesiti posteriormente.

297. Appunto perchè la legge interpreta la comparizione del convenuto quale una prova dell'effetto conseguito dalla citazione, la contumacia fornisce una prova contraria, onde è giustificata la già nota disposizione del capoverso dell'art. 192. Siccome per altro il contumace può comparire in giudizio più tardi, mediante opposizione od appello contro la sentenza contumaciale, fu stabilito che egli possa in queste sedi di reclamo, eccepire la nullità, qualunque essa sia, dell'originaria citazione, essendo legittimato da tale nullità il difetto della sua comparizione. In coerenza alle considerazioni già accennate, è tuttavia assoggettato l'esercizio del suo diritto alla condizione che egli opponga la nullità *prima d'ogni altra istanza o difesa* (salvo che avesse da eccepire l'incompetenza per territorio, la quale ha precedenza su ogni altra), senza di che si presumerebbe la di lui rinunzia alla eccezione (capov. cit., art. 190).

298. In ordine agli atti di procedura posteriori alla citazione, è prescritto che le nullità dei medesimi si presumano sanate per rinunzia dell'interessato, quando non vengano opposte *specificatamente nella comparsa successiva all'atto che si vuole impugnare* (art. 191). I codici sardi, negli articoli citati al n. 295 designavano, forse più concretamente, *lo scritto successivo a quello impugnato, in cui si contengono deliberazioni di merito.* Ma non possiamo dubitare che identico sia il significato della parola *comparsa*, secondo la definizione dell'art. 162 del codice. Perciò, se ad un atto nullo dovessero, per la natura del medesimo, seguire immediatamente atti diversi da una ulteriore comparsa, per es., la comparizione delle parti ad un'udienza incidentale, il silenzio conservato nel corso di simili atti non induce sanatoria, ma rimane il diritto ad opporre la nullità nella prima *vera e propria comparsa* che occorrerà nella lite.

Sezione III. — *Chiamata in garantìa ed intervento in causa.*

§ 1. Generalità.

299. I due casi nei quali può aver luogo l'aggregazione di altro contraddittore nella lite, sono quelli da cui s'intitola la presente sezione. E sono al tempo stesso due istituti processuali molto impor-

Digitized by Google

tanti e tra loro sostanzialmente diversi: in quanto che la chiamata di un garante in giudizio si fonda sull'obbligazione che incombe ad un terzo, in correlazione all'oggetto della lite promossa fra l'attore e il convenuto; l'intervento in causa ha per ragione determinante l'*interesse* del terzo nella lite. Onde, mentre la chiamata in garantìa dà origine ad una domanda giudiziale che può svolgersi anche indipendente dalla principale, e rappresenta un'azione eminentemente connessa con questa, l'intervento in causa *normalmente* non ha altro effetto se non di aggiungere nella lite già vertente un contraddittore di più. Diciamo *normalmente*, poichè vi hanno casi in cui anco dall'intervento in causa vedremo generarsi un'azione dotata di vita propria e suscettibile di separazione dalla principale.

300. Comunque questa possibilità di proseguimento autonomo possa talvolta togliere alla chiamata in garantìa ed all'intervento in lite il carattere di elementi istruttorii dell'azione principale, è sempre dalla proposizione di questa che traggono la loro origine e lo svolgimento. Onde sta bene considerarli precipuamente nella qualità di incidenti della istruttoria, pur non lasciando di rilevare come e quando possano o debbano perderla, secondo le determinazioni della legge e i dettami della logica.

§ 2. Chiamata in garantìa.

301. In generale i codici di procedura hanno ammessa pel convenuto la facoltà di chiamare nella medesima causa in cui egli deve rispondere alla domanda dell'attore, colui, in confronto del quale ha diritto di garantìa. Il codice francese classificò la domanda di chiamata d'un garante fra le *eccezioni dilatorie* (art. 175); del pari il codice sardo del 1854 (art. 257) ed il parmense (art. 218); il regolamento gregoriano (§ 855) la considerò una forma d'intervento necessario o coatto; analogo è il concetto del codice germanico (§ 69) e del nuovo regolamento austriaco (§ 21). Nel codice ginevrino (art. 69), nel napoletano (art. 136), nel toscano (art. 235), nell'estense (art. 487), assunse la fisonomia di istituto processuale indipendente, che le è riconosciuta anche dal codice sardo del 1859 (art. 254) e dal nostro nelle disposizioni che esamineremo qui appresso.

302. La chiamata in garantìa, detta anche denunzia di lite, ha per iscopo il rilievo del convenuto dalle conseguenze della domanda dell'attore; rilievo che può essere parziale o totale, secondo la misura dell'obbligo del garante. Esso poi presenta caratteri ed effetti ben distinti, secondo che la garantìa sia da prestarsi per un'azione personale (*garantìa semplice*) o per un'azione reale (*garantìa formale*). Il codice riconosce le due forme e le loro differenze, ma non ne porge

Digitized by Google

le definizioni, reputandole di dominio della scienza. Le davano invece il codice parmense ed il sardo del 1859, concordi nella sostanza, sebbene alquanto diversi nelle espressioni. « La garantìa formale consiste nell'obbligo che si è contratto verso taluno, al quale si è ceduta una cosa od un diritto, di assumerne la difesa, ogniqualvolta egli sia messo in pericolo di soffrirne evizione » (cod. parmense, art. 227, primo capov.). — « La garantìa semplice consiste nell'obbligo di indennizzare colui che, citato in giudizio dal creditore, non può esimersi dal rimanervi per essere personalmente obbligato » (cod. cit., art. 228, capov.). E nel secondo codice sardo (art. 260) leggiamo: « La garantìa formale si può chiedere in materia reale e ipotecaria, e corrisponde all'obbligo dell'autore, pel caso di evizione, verso chi ebbe causa da lui. — La garantìa semplice si chiede negli altri casi e corrisponde all'obbligo di indennizzare colui che, citato dal creditore, non può esimersi dal rimanere in giudizio come obbligato personalmente ».

Non è difficile comprendere, colla scorta di queste nozioni, che la garantìa formale contiene per intero quella medesima obbligazione di indennizzo o rilievo che è insita nella garantìa semplice, pel caso che la domanda dell'attore venga accolta. Chi chiama il proprio autore a scopo di garantìa nel giudizio di evizione, ha diritto non solo che lo difenda contro la domanda, ma che lo risarcisca dei danni nel caso di soccombenza, alla guisa medesima che il fideiussore citato dal creditore ha diritto al risarcimento da parte del debitore. Laonde vi sono regole generali comuni alle due specie di garantìa e regole speciali per la garantìa formale.

303. Sono in prima da esporre le regole comuni.

In quanto la garantìa è un vantaggio od una difesa che cerca il convenuto, essa non può arrecare al giudizio promosso dall'attore se non quei ritardi che dalla più stretta necessità sono richiesti. Perciò fu in tutte le leggi sentito il bisogno di limitare il termine nel quale il convenuto ha diritto di chiamare in causa il garante. Il codice assegna all'uopo il termine stesso concesso *per rispondere*, quello cioè che decorre dalla scadenza del termine a comparire fissato in citazione (art. 193). Il qual termine ha effetto perentorio, nel senso che una volta trascorso l'attore ha diritto di proseguire l'istruzione della sua domanda, libero del resto al convenuto di iniziare quando voglia l'azione in garantìa, la quale rimarrà separata dalla principale e non potrà avere altro obbiettivo che quello del risarcimento dei danni, anco se si tratti di garantìa formale (art. 197). Tuttavia, per ragione di connessione, essa continuerà ad appartenere alla competenza del giudice adìto per l'azione principale, salvo il caso di

Digitized by Google

sua incompetenza per materia o valore, nel quale sappiamo che la chiamata in garantìa non è mai proponibile (v. n. 176).

Per proporre la domanda in garantìa deve essere, entro il detto termine, notificata la citazione al garante affinchè comparisca nel giudizio; se ne dà insieme notizia anche all'attore, sia mediante comparsa o mediante notificazione di copia della citazione fatta al garante. Adempiute regolarmente queste formalità, la causa principale rimane sospesa, sino a che sia spirato il termine per la comparizione del garante (art. 196) e siano risolute le eventuali questioni preliminari cui la chiamata in garantìa fosse per dar luogo. Invero, il chiamato in garantìa può aver motivo di opporsi, contestando l'obbligo che il convenuto vorrebbe addossargli; e l'attore puo avere a sua volta eccezioni d'ordine o di merito contro la domanda comunicatagli. Tutte siffatte questioni, una volta eseguite le formalità predette, si devono trattare e risolvere col rito degli incidenti (art. 199).

304. Ma sebbene le regole accennate conducano a stabilire che la domanda in garantìa debb'essere proposta prima d'ogni altra istanza o difesa, v'ha però una questione che la legge vuole sia decisa anteriormente ad essa; ed è quella di declinatoria del fôro (art. 195). Sarebbe infatti ozioso chiamare in causa il garante per farlo assistere a questa controversia che non lo interessa direttamente e che ha carattere preliminare ad ogni altra (art. 187, capov.). Nel caso pertanto di declinatoria del fôro, il termine per la chiamata del garante decorre dal punto in cui quella controversia è risoluta, o per accordo delle parti innanzi al presidente (v. n. 291), o per il passaggio in giudicato della sentenza che ne decide.

305. Il garante, si tratti d'azione personale o d'azione reale, può aderire in massima all'obbligo di rilievo preteso dal convenuto, sottoponendosi a cooperare nella difesa contro l'istanza dell'attore principale. Egli infatti ha pieno interesse di opporvisi in ogni maniera, poichè la reiezione di quella domanda ha per conseguenza la sua liberazione dall'obbligo della garantìa.

Ma si possono presentare particolari circostanze per virtù delle quali la domanda di garantìa, quantunque proposta nel termine e nelle forme di legge, abbisogni di una sua particolare istruttoria distinta e diversa da quella dell'azione principale; in altre parole, che una lite si istruisca fra l'attore e il convenuto, ed un'altra fra questi e il garante, il quale non perciò sarà escluso dal prender parte nella difesa contro l'attore, almeno come salvaguardia per l'ipotesi di propria soccombenza di fronte al convenuto. Quando il caso di tale separazione si verifichi, appare giusto che il maggior tempo richiesto per istruire la domanda in garantìa non ritardi il giudizio sull'azione

Digitized by Google

principale, specialmente in vista del danno che altrimenti patirebbe l'attore mentre l'applicazione di questo provvedimento non nuoce nè al convenuto nè al garante. Il legislatore ha pertanto stabilito che ove la domanda in garantìa non sia in istato di essere giudicata contemporaneamente all'azione principale, non può ritardare la decisione di questa (capoverso art. 199). In simile ipotesi si avranno due sentenze successive; l'una emanata fra l'attore e il convenuto, in confronto eziandio del garante; l'altra fra il convenuto e il garante, alla quale l'attore rimane estraneo. Va da sè che respinta la domanda dell'attore, cesserebbe la materia del contendere fra il convenuto e il garante.

306. Le regole speciali della garantìa formale sono determinate in ordine logico dalla sua stessa natura. Il compratore, convenuto per evizione, chiama in garantìa il venditore. Il diritto oppugnato dall'attore è quello trasmesso dal venditore; ond'è chiaro che le eccezioni contro la domanda non possono essere elevate dal compratore, se non in quanto esse già appartenessero al venditore. E poichè tali eccezioni può il compratore ben anco in tutto od in parte ignorarle, la chiamata in garantìa diretta contro il venditore ha per iscopo primario di porre in causa colui che effettivamente è il contraddittore vero ed immediato all'azione promossa. Il venditore intervenendo, difenderà la causa come se fosse propria; ed allora al compratore poco o nulla rimane da fare, oltre che attendere l'esito della discussione. Egli può anche essere posto fuori dal contraddittorio, se lo desidera, una volta che abbia messi di fronte i due antagonisti. Nè l'attore in evizione ha interesse contrario a ciò; poichè egli mira *alla cosa*, vanta un diritto sovra di questa e non contro la persona del convenuto. Non esita la legge a rendere omaggio a siffatte considerazioni, autorizzando il convenuto a chiedere di essere messo fuori di causa, quando il garante dichiari di assumerne la difesa (art. 198, primo alinea). Se poi il convenuto, pur lasciando assumere la difesa al garante, vuol essere in grado di controllarla e di coadiuvarla, egli ha diritto sempre di assistere al proseguimento della lite (capoverso cit. art.), vale a dire di rimanervi presente, di ricevere tutte le notificazioni e di far quelle che reputi opportuno per sussidio della difesa. Ma siccome il convenuto medesimo potrebbe avere qualche obbligazione personale verso l'attore (per esempio quella relativa ai frutti dell'immobile soggetto ad evizione od ai deterioramenti recativi) così è diritto incontestabile dell'attore di richiedere che *per l'adempimento di tali obbligazioni* egli rimanga in causa, quantunque la difesa sia stata assunta dal garante (capov. cit.). E le questioni sopra siffatti punti saranno da trattare col rito degli incidenti.

Digitized by Google

Al tema della garantìa formale sono strettamente connesse le disposizioni degli articoli 1496 e 1497 del codice civile, che non è nostro còmpito illustrare. Avvertasi poi che nel caso di garantìa formale può avvenire che la chiamata del garante sia operata dall'attore anzichè dal convenuto. Pongasi che il compratore di un immobile trovi ostacolo ad entrarne in possesso per la opposizione di un detentore che se ne vanti proprietario. Iniziando il giudizio contro costui avrà egli anche il diritto di chiamare in garantìa il venditore da cui ebbe causa; e potrà farlo o con lo stesso atto di citazione, o con istanza proposta nel termine per rispondere.

307. Nel caso in cui il garante abbia assunta la difesa, il garantito si trova da lui rappresentato nella causa. E qualora il garantito sia possessore della cosa controversa, egli, quantunque posto fuori di causa, non può sottrarsi all'obbligo di eseguire la sentenza che riesca contraria all'interesse suo e alla difesa del garante. Ciò basta a spiegare la disposizione dell'art. 200, giusta la quale le sentenze proferite contro il garante (nel caso di garantìa formale) sono esecutive anche contro il garantito; a tale effetto deggionsi a lui pure notificare.

Del rimanente, una volta che il convenuto sia stato posto fuori di lite, egli non è tenuto alle spese giudiziali, che rimangono a carico del garante come debito personale. Il capoverso dell'articolo 200, nel dettare questa disposizione la estende anche *ai danni*. Però è chiaro che qui si tratta solo dei danni conseguenti dal fatto dei garante e dalla lite; mentre i deterioramenti della cosa imputabili al garantito costituiscono una sua obbligazione personale come fu già notato.

308. Se il chiamato in garantìa creda aver diritto a sua volta di essere rilevato da altri, potrà citarli in *sub-garantìa*. Le forme, i termini e le regole che vigono per la prima domanda di garantìa, sono comuni a tutte le ulteriori che da essa per avventura venissero generate (art. 194).

§ 3. Intervento in causa.

309. Anche l'istituto processuale dell'*intervento in causa* è ammesso universalmente nel diritto giudiziario, trovandosene traccia nel diritto romano ed avendo i codici moderni dettate regole più o meno complete intorno al medesimo. Fra le meglio ordinate e più esplicite stanno quelle della legislazione italiana.

Dicemmo (n. 299) che il fondamento di questo istituto è nell'*interesse* che può avere un terzo nella lite tra altri vertente. Alcune spiegazioni sono in proposito necessarie.

Digitized by Google

La regola che gli effetti d'una sentenza produconsi solo fra le parti litiganti, fattasi nel moderno diritto molto sicura e ben definita, darebbe a prima vista motivo per credere che il terzo non sia mai in condizione di professare interesse nella lite fra altri agitata. Pure è da riflettere in contrario che l'esecuzione di una sentenza resa fra altre parti può recare molestia o gravame *di fatto*, se non *di diritto*, al terzo che fu estraneo alla controversia. Egli avrà bene la libertà di difendersene con tutte le azioni che a tutela del suo diritto siano concesse; ma è chiaro che se gli si riconosce la facoltà di intervenire nella lite, fin che essa pende, ciò varrà a *prevenire* i danni che in via ordinaria dovrebbe combattere solo dopo averli patiti. Il legislatore italiano che, sull'esempio del francese, accolse l'istituto dell'*opposizione di terzo*, appunto per iscongiurare il danno che un terzo può soffrire a cagione della sentenza tra altri proferita, non poteva a meno di far buon viso all'istituto dell'intervento in lite, che tendendo allo stesso scopo ma precedendo la prolazione della sentenza riesce più comodo, più completamente efficace, più economico.

310. Se il diritto di un terzo ad opporsi alla sentenza fra altri pronunziata non doveva estendersi al di là del confine segnato dal pregiudizio che la medesima può arrecargli, la facoltà d'intervenire in una lite tuttavia aperta ed in corso d'istruzione poteva essere disciplinata con maggiore larghezza. Noi la troviamo quindi estesa al caso in cui la presenza in giudizio d'altra persona sia giustificata dalla *comunanza d'interesse* fra la medesima ed uno dei litiganti, ed al caso in cui possano, mercè l'intervento del terzo, ottenersi maggiori lumi nella istruzione del processo a vantaggio di questa o di quella delle parti.

Onde l'intervento in causa è di due specie: 1° intervento diretto a far valere il diritto proprio del terzo, che sia divergente in maggiore o minor grado da quello rispettivo di entrambi i litiganti, ed allora è il solo *interesse del terzo* che lo giustifica; 2° intervento che mira alla tutela indiretta del diritto del terzo mediante la difesa di quello di un litigante, ed allora è la *comunanza dell'interesse* che ne costituisce la ragione determinante. L'intervento della prima specie è noto nella scuola sotto il nome di *interventio ad infringendum jura utriusque competitoris;* quello della seconda è chiamato *interventio ad coadiuvandum reum vel actorem.* In effetto il diritto proprio del terzo, si presenta e si dichiara, nella prima ipotesi, in una opposizione più o meno accentuata contro le istanze dei principali litiganti. Invece, nel caso di *comunanza d'interesse* (seconda ipotesi) l'interventore, sebbene tuteli il proprio diritto, porta, in forma immediata, un contributo alla difesa dell'uno o dell'altro fra i contendenti.

Digitized by Google

311. Di siffatta classificazione però non si occupa il legislatore, il quale distingue soltanto le *forme* nelle quali l'intervento si opera.

Invero, ammesso il principio che un terzo possa intervenire nella lite altrui, non si poteva a meno, secondo la logica, di concedergli anzitutto la facoltà di farlo spontaneamente; poi, di riconoscere alle parti quella di provocarne l'intervento. Inoltre ponendo mente all'utilità che può derivarne per schiarire circostanze oscure o controverse e quindi illuminare la giustizia, il nostro legislatore stimò utile accordare al magistrato la potestà di ordinarlo d'uffizio. Onde le tre forme dell'intervento: *volontario* (art. 201), *coatto* (art. 203) e *ordinato dall'autorità giudiziaria* (art. 205). Quest'ultimo, sebbene sia una sottospecie dell'intervento coatto, se ne distingue dal punto di vista dell'origine e dello svolgimento processuale.

312. Ogni forma d'intervento ha per effetto di introdurre nel giudizio una nuova *parte;* tale è infatti l'interventore, agisca egli *ad coadiuvandum* ovvero *ad opponendum;* poichè, nel primo caso il suo interesse è uguale a quello di uno dei contendenti principali, nel secondo è contrario a quello di entrambi. Quindi dal momento in cui interviene, saranno tenuti, esso e gli altri litiganti, a conformarsi alle norme di procedura comuni, per la trattazione della causa anche in suo confronto, come se fosse stato parte in giudizio fino dal momento della citazione.

Nè l'essere avvenuto l'intervento per ordine di giudice, piuttosto che per citazione di parte od in via spontanea, modifica la libertà in colui che interviene di prendere l'atteggiamento più conforme al suo interesse e quindi di farsi inventore *ad coadiuvandum* ovvero *ad opponendum.* Il che, sebbene sia controverso nei riguardi dell'intervento ordinato dal giudice, appare a noi certissimo nel diritto positivo, vista la mancanza nella legge di qualsivoglia distinzione. Ed in teoria una sola questione ci pare possibile: quella sulla bontà dell'istituto speciale dell'intervento ordinato d'uffizio che non è infatti accolto da tutte le legislazioni. Ma quando sia accettato, non v'è motivo di dargli effetti minori di quelli che si consentono alle altre forme.

313. L'intervento serve eminentemente all'istruttoria del giudizio. Esso quindi, nei procedimenti formali, può essere effettuato spontaneamente o venir provocato da uno dei litiganti, fin che l'istruttoria è aperta, vale a dire, *prima che sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo* (art. 201). Se la legge usa qui maggior larghezza di quella consentita per la chiamata in garantìa (v. n. 303), lo si spiega di leggieri, col ricordare che l'intervento ha per iscopo precipuo di prevenire contestazioni posteriori alla sentenza e capaci di mutarne

Digitized by Google

gli effetti, mentre l'istanza per garantìa non influisce sulle sorti dell'azione principale.

Chi interviene in causa, deve però subire le conseguenze dello stato in cui la lite si trova allorchè egli vi prende parte. L'interventore *ad coadiuvandum*, che si presenti o sia citato fin che rimane aperta l'istruttoria fra le parti principali, potrà bene fare istanze, produrre documenti, muovere eccezioni, proporre prove, colla libertà consentita ad ogni altro litigante. Ma se la iscrizione a ruolo è già seguìta allorchè egli interviene, e il silenzio successivo delle parti principali fa che rimanga ferma, egli non avrà altra facoltà che di associare le proprie alle difese dell'attore o del convenuto, e di cooperare alla discussione della lite. Quanto all'intervento che si effettua *ad infringendum jura competitorum*, esso soggiace alle regole medesime; ma siccome con questo mezzo l'interventore fa valere un'azione propria ed autonoma, non gli sarà interdetto di darle tutto lo sviluppo istruttorio che essa richiede. Laonde: se l'intervento si effettua quando già è compiuta l'istruttoria della causa principale, e non ha bisogno di ricevere sussidio da nuova istruttoria (per essere appoggiato a prove scritte, ovvero agli stessi elementi probatorii della lite principale), le domande proprie dell'interventore saranno giudicate insieme a quelle dell'attore e del convenuto; — se invece, nella detta ipotesi vi è per l'istanza dell'interventore il bisogno di una speciale istruttoria, questa avrà luogo come per un'azione a sè stante, e non ritarderà la decisione della causa principale (art. 204 capoverso ultimo). Tutto ciò la legge stabilisce, lasciando all'arbitrio delle parti di abbandonare la rigorosa osservanza delle sue disposizioni, se ciò ritengono utile od opportuno.

Avvertasi che l'intervento ordinato dal giudice sfugge a queste restrizioni, giacchè il magistrato col disporre tale intervento *riapre l'istruttoria;* e quindi non può formarsi l'ipotesi che la lite principale sia *in istato di essere decisa* nel momento in cui viene operato l'intervento.

314. Il modo di effettuare l'intervento *volontario* è tracciato dall'art. 202 ed è semplicissimo. La parte *che abbia interesse in una lite fra altri vertente* (art. 201), farà notificare alle parti principali una comparsa contenente le ragioni dell'intervento e la produzione dei documenti giustificativi. Questa sarà al tempo stesso comparsa di costituzione di procuratore, e fra i documenti non dovrà mancare il mandato. Non trattandosi d'iniziare un nuovo giudizio, ma di prender parte a quello in corso, non vi è bisogno di un atto di citazione.

Le parti principali potranno tacendo prender atto dell'intervento, o potranno accettarlo espressamente, ovvero opporvisi. In quest'ul-

Digitized by Google

timo caso, le questioni relative all'intervento saranno decise colle norme stabilite per gli incidenti (art. 204). Ciò esclude la necessità di effettuare una speciale iscrizione a ruolo per portare l'istanza di ammissione dell'intervento al giudizio del tribunale, nei casi in cui nessuna opposizione sia stata elevata in forma incidentale.

315. Se si tratta d'intervento coatto, la citazione del terzo è indispensabile; essa si fa a cura della parte che *crede comune al terzo la controversia* (art. 203). Eseguita la citazione, o nell'atto di eseguirla, ne darà però notizia all'altra parte, mediante comparsa (cit. articolo) e offrendo in comunicazione la citazione stessa. Potrà anche più semplicemente far notificare all'altra parte una copia della citazione.

Una parte può reputar *comune ad un terzo* la controversia sotto due diversi aspetti: o perchè ritenga che al terzo convenga di darle aiuto nella difesa propria; o perchè dubiti che la controversia che sta discutendo con l'avversario possa in seguito, più o meno ragionevolmente, vantarsi anche dal terzo, onde sia prudente estendere a lui gli effetti della sentenza.

Anche l'intervento coatto può dar luogo a questioni preliminari sull'ammissibilità, sulla regolarità della sua forma, e via discorrendo. Esse pure saranno discusse col rito incidentale (cit. art. 204).

Il citato per intervento, se intenda comparire in giudizio, farà la costituzione di procuratore nelle forme ordinarie, notificandola non solo a colui che l'ha citato, ma anche alle altre parti in confronto delle quali egli viene a contestare la lite.

316. Ordinando d'uffizio l'intervento, l'autorità giudiziaria dichiara, nella sentenza, a cura di chi debba essere fatta la citazione del terzo; e stabilisce anche il termine all'uopo. Questa assegnazione ha per iscopo di impedire soverchie dilazioni del giudizio; quindi il termine non è perentorio, ma dopo che sia inutilmente spirato l'altra parte acquista il diritto di riassumere la lite in confronto al solo originario suo contraddittore. Del resto la citazione del terzo può essere sempre eseguita dalla parte più diligente (art. 205).

Sezione IV. — *Prove orali.*

§ 1. Regole comuni alle varie specie di prove.

317. Nel giudizio non si possono produrre altre prove orali se non quelle che derivano dalle dichiarazioni delle parti litiganti, o di terzi consapevoli dei fatti e non interessati nella lite, oppure dallo accertamento personale compiuto dal giudice intorno allo stato di

Digitized by Google

cose a cui si riferisce la controversia. Differenti modi da questi non saprebbersi ideare (1). Le dichiarazioni delle parti deggiono però essere *personali*, od altrimenti in modo legale da esse personalmente

---

(1) Da alcuni legislatori è stata ammessa la confessione *tacita*, quella cioè arguita dal *silenzio* serbato da una parte intorno ai fatti asseriti dall'altra. Il § 5 dell'ora abrogato regolamento austriaco fornisce un'idea esatta di questo sistema: " Il reo convenuto dovrà nella risposta farsi carico di tutte le circostanze narrate dall'attore, e rispondere sovra ciascuna in particolare espressamente e senza ambiguità, riempire, qualora sia necessario, la serie dei fatti e le circostanze che l'attore avesse taciute ovvero alterate, addurle secondo l'ordine del tempo; per il che sarà di niun effetto l'aggiunta della clausola negativa generale „. La sanzione di tali precetti era data nel § 11: " Le circostanze di fatto che una parte avrà esposte in suo favore, alle quali l'altra nell'atto susseguente non avrà dato nessuna risposta, ovvero una risposta ambigua, si avranno per vere nella definizione della causa, in tanto in quanto non sono ad esse direttamente opposte le prove risultanti dagli atti „. L'osservanza pratica di queste disposizioni risolvevasi in un gretto e talvolta ridicolo formalismo imponendo ai procuratori l'obbligo di una serie interminabile di negative. D'altronde si viola la giustizia, quando si esonera chi afferma dalla naturale obbligazione di provare, facendo ricadere sull'avversario suo le conseguenze di una qualunque accidentale dimenticanza o distrazione del difensore, o perfino del copista. Il codice germanico accolse in parte tale sistema, disponendo nel capoverso primo del § 129 che i fatti *non espressamente contraddetti*, si reputeranno ammessi, a meno che risulti da altre dichiarazioni della parte che essa intende di contraddirli. Il nuovo regolamento di procedura civile austriaco del 1° agosto 1895 abbandonò affatto il sistema probatorio antico, per fondare il valore e l'effetto delle prove giudiziali sul convincimento del magistrato, mercè di esse ottenuto. Quindi le disposizioni citate di sopra, concernenti il valore legale del silenzio non vi furono minimamente riprodotte. Ma, come applicazione logica del nuovo concetto informatore della legge, il silenzio delle parti fu considerato un possibile elemento di convinzione pel magistrato, a norma delle circostanze. In tal senso dispone il § 267: " Il giudizio dovrà con accurata considerazione del contenuto complessivo delle esposizioni avversarie giudicare, se asserzioni di una parte in mancanza di una esplicita confessione dell'avversario si devano riguardare come ammesse. — In egual guisa il giudizio dovrà specialmente giudicare, se la dichiarazione di non sapere o di non ricordarsi si deva riguardare come una dichiarazione escludente l'ammissione di una confessione o racchiudente in sè una confessione „.

Nel nostro sistema giudiziario il silenzio delle parti in generale non prova nulla, nè dà arbitrio al magistrato per indurne argomenti pro o contro una qualsiasi soluzione della controversia sui fatti. Molto cautamente potrebbe essere tenuto a calcolo il silenzio, insieme ad altre circostanze *gravi, precise* e *concordanti*, come fattore di una *presunzione semplice*, nei limiti in cui questa può essere ammessa (art. 1354 cod. civ.). Solamente nei casi in cui una parte è costituita in mora a fare una dichiarazione, mediante atto di comando emanato dal giudice, il di lei silenzio acquista valore probatorio, come vedremo più innanzi. Questa è la sola eccezione al principio generale.

Digitized by Google

autorizzate. Perciò hanno valore giuridico quelle che emettono i procuratori a liti nelle loro comparse, in ordine ai fatti della controversia, giacchè l'officio dei procuratori è quello di rappresentare le parti ed agire in loro nome. Ma tale presunzione che nasce dal mandato ammette prova contraria (v. n. 270); ed un litigante potrebbe impugnare le ammissioni o dichiarazioni del procuratore che avesse colluso coll'avversario. Nel quale caso si dovrebbe agire in via di revocazione (art. 494), come altrove vedremo. Ad eccezione del caso di dolo a cui fosse partecipe la controparte, potrà il procuratore essere sconfessato dal proprio cliente? Il codice francese accolse l'istituto del *désaveu* che fu adottato anche da altre legislazioni, ma la nostra lo stimò contrario al principio della legalità, dannoso ad ambedue le parti, d'imbarazzo alla procedura e lesivo alla dignità dei procuratori (relazione Pisanelli). Però, se *a causa finita* la disapprovazione del procuratore non potrebbe in generale ammettersi, non è da escludere che *durante l'istruttoria*, la parte che s'avvegga di essere compromessa dalla linea di condotta o dalle dichiarazioni del suo procuratore possa disdirgli il mandato e, sostituendo altro procuratore, rettificare l'operato del primo rivocando le dichiarazioni di fatto contrarie a verità, da lui emesse; avvegnachè, per errore di fatto, anche la *confessione volontaria* può essere infirmata (art. 1360 codice civile). Il procuratore stesso che ha emesso una dichiarazione ravvisata poi erronea e contraria a verità può nell'interesse del cliente rettificarla in corso di giudizio, nè sarebbe lecito opporgliene la irrevocabilità, o pretendere la prova dell'errore di fatto.

318. Ad ogni modo, quando si cerca di provocare le dichiarazioni del proprio avversario in una forma solenne, e con lo scopo di fondare su di esse una piena dimostrazione che ci esoneri dal fornire altra prova del nostro assunto, è senza dubbio indispensabile per ogni riguardo che le medesime provengano da lui *personalmente* e non dal procuratore, ottenendosi per questa guisa la maggiore probabilità di risposte sincere, quand'anco contrarie all'interesse del dichiarante. E perciò rispetto al primo gruppo delle prove orali che comprende quella per interrogatorio e quella per giuramento, avvertiamo essere loro condizione principale, che siano esaurite col concorso personale della parte.

319. Il secondo gruppo comprende la prova per testimoni e quella per periti. Esse in ciò differiscono l'una dall'altra, che mentre il testimonio viene a deporre sopra fatti che sono già a sua conoscenza perchè veduti o uditi avanti d'essere chiamato in giudizio (fatti passati, transeunti), il perito invece esamina per incarico del giudice, o per concorde volere delle parti, una determinata condi-

Digitized by Google

zione di fatto, relativa all'oggetto della controversia, ed indi riferisce in giudizio i risultati del suo esame, o nella forma di *rilievi tecnici* sopra ciò che è materia della controversia, od in quella di *apprezzamenti razionali*, essi pure di carattere tecnico, sulla cosa stessa, in relazione al suo stato presente, od al passato, od anche al futuro (esame di fatti permanenti). In tutti i casi il perito concorre adunque nel lavoro intellettuale che far deve il magistrato e vi apporta il sussidio delle sue conoscenze scientifiche speciali; mentre il testimonio non è che un *documento parlante;* ed il contenuto della di lui deposizione illumina il giudice ma resta interamente soggetto al di lui apprezzamento per quanto ne concerne la credibilità.

320. Per ogni specie di prova le parti si provvedono nella forma stabilita per gli incidenti (art. 206). Ciò concerne però soltanto l'ammissione della prova. Per la esecuzione devono naturalmente seguirsi modalità diverse a seconda delle esigenze proprie di ciascuna prova. A tutte sono però comuni un metodo ed un procedimento; vogliamo dire che le prove orali, meno il giuramento, sono sempre esaurite sotto la direzione di *un giudice* (salve le eccezioni che accenneremo); e questo giudice viene all'uopo delegato colla deliberazione che ammette la prova, sia essa l'ordinanza del presidente o la sentenza del tribunale (art. 208). Il giudice delegato appartiene in generale e di preferenza al tribunale innanzi a cui si tratta la causa; pur è concesso di delegare invece il pretore del luogo dove la prova è da eseguire, se ciò possa riescire più comodo ed economico. Se la prova è da eseguire nel territorio di altro tribunale, si può richiedere a questo di delegare per la prova uno dei suoi giudici o delegare direttamente il pretore del mandamento in cui la medesima deve farsi (art. citato ed art. 203, 204 e 301 del regol. gen. giudiziario). Per le prove da assumere fuori dello stato si osservano le forme stabilite dal diritto internazionale, dalle convenzioni diplomatiche, ecc. (art. cit., capoverso; v. n. 705 e nota).

321. Ognuno comprende come vi siano casi nei quali le delegazioni e richieste di cui parliamo, riescano indispensabili. Un testimonio od una parte, gravemente infermi in luogo lontano dal tribunale che ha bisogno di udirne le dichiarazioni, saranno opportunamente esaminati dal magistrato del luogo. Tuttavia la nostra legge non si è punto curata di disciplinare le prove in modo da guarentire che esse siano assunte da un magistrato già bene istruito della lite, o che conservi, almeno, la podestà di sentenziare successivamente su di essa. Tutta la efficacia di una prova testimoniale, per esempio, consiste nello scritto, cioè nel processo verbale che ne viene compilato. Il giudice che interroga il testimonio, non sapendo della lite nulla

Digitized by Google

più di quel che apprende dalla serie delle interrogazioni, che vengono poste sotto i suoi occhi perchè le rivolga al teste, non può davvero dirigere l'esame con quell'avvedimento e quella piena consapevolezza circa le cose e le persone, che spesso fornirebbero modo di trarre luce e verità dalla bocca di una persona titubante, renitente o mendace. Se pur questo non fosse un ben grave difetto, tutto il tesoro delle impressioni che l'occhio e il pensiero attento del giudice potrebbero riportare dall'esaurimento di una prova e che sarebbe preziosa guida per interpretare ed apprezzare più tardi il processo verbale, va miseramente sciupato, giacchè di rado il giudice stesso interviene poi nella decisione della lite. Che più? un vizio identico lo presenta perfino la forma in cui è organizzata la prova per accesso giudiziale! — Veggasi dunque se non varrebbe la pena che per l'interesse della giustizia fosse seriamente studiata questa parte vitalissima del procedimento civile. Chi ha alquanta esperienza del fôro sa bene come le prove orali ispirino scarsa fiducia e siano spesso più dannose che utili alla causa del vero; ciò va attribuito segnatamente alla pessima loro disciplina (1).

322. Abbiamo detto che per le prove si provvede nella forma stabilita per gli incidenti. Qui si rende opportuno sciogliere la riserva fatta al n. 255 circa l'ipotesi che una prova sia proposta nella comparsa successiva alla notifica dell'iscrizione a ruolo. La difficoltà del caso sta in ciò: per l'art. 174, qualora l'iscrivente al ruolo *non risponda* alla comparsa l'iscrizione *rimane ferma*. Ora, quegli che propone la prova potrà limitarsi a dedurla nella comparsa, senza citare immediatamente l'avversario avanti il presidente, ovvero potrà anche citarlo. Che avverrà, nel primo caso, della proposta prova, se l'iscrivente lasci passare i quindici giorni a lui utili, senza rispondere? e che ne avverrà nel secondo caso, se egli non comparisca avanti al presidente?

Le soluzioni a nostro avviso più corrette sono queste, che tra loro perfettamente coincidono. Nel primo caso l'iscrizione a ruolo *rimane ferma*, perchè questa è semplice e letterale applicazione dell'art. 174, dal quale non v'è motivo di derogare. Ma la prova è stata proposta con una comparsa data in termine utile da chi vi aveva diritto; e quindi la domanda di sua ammissione resta acquisita al contraddit-

(1) Questa non è una critica particolare della nostra legge; è evidente però che un savio legislatore può tener conto delle considerazioni qui accennate per studiare acconci miglioramenti al sistema della istruttoria. Un tentativo in questo senso, che merita di essere segnalato, è quello compiuto nel nuovo regolamento austriaco, coll'autorizzare l'uso della stenografia per la più fedele e completa riproduzione delle prove orali (§ 280).

Digitized by Google

torio come una conclusione su cui il tribunale giudicherà colla sentenza qualora sia riprodotta nella comparsa conclusionale. Per tal modo, si ha di pien diritto l'unione dell'incidente col merito, e il tribunale pronunzierà, invece della sentenza definitiva, una interlocutoria, qualora ammetta la prova. Nel secondo caso, la mancata comparizione avanti il presidente equivale a *rifiuto di rispondere alla comparsa;* perciò deve virtualmente rimaner ferma del pari l'iscrizione a ruolo. In altri termini, all'udienza che il presidente fisserà per la discussione dell'incidente, colui che ha fatta eseguire l'iscrizione a ruolo avrà diritto di discutere altresì il merito della causa; e ciò anche nel caso in cui l'ordinanza presidenziale non rinvii per questa discussione a norma dell'art. 181. Infatti il presidente non è tenuto a sapere se la causa principale fu già iscritta a ruolo; quando venisse a conoscerlo, stimiamo però che dovrebbe egli stesso ordinare l'unione del merito all'incidente.

Superfluo dire che nel caso di comparizione dinanzi al presidente della parte che fece eseguire l'iscrizione a ruolo, essa potrà far cadere l'iscrizione, o con la pura e semplice adesione alla prova, o con l'opposizione sul nudo incidente. Potrà invece farne salvi gli effetti chiedendo il rinvio a udienza anche per il merito.

Merita considerazione speciale il caso d'impugnazione della scrittura privata. Suppongasi che colui contro il quale fu prodotta abbia sempre taciuto avanti l'iscrizione a ruolo eseguita dal producente; e dopo l'iscrizione impugni il documento a sensi del capoverso dell'art. 283 del cod. di procedura e degli art. 1321, 1322 del cod. civile. L'iscrivente, se vuol conservare alla scrittura il valore probatorio deve domandarne la verificazione: e se la domandi, non è dubitabile la cessazione immediata degli effetti dell'iscrizione. Ma se non la domandi nei quindici giorni successivi alla notificatagli impugnazione, e così l'iscrizione a ruolo rimanga ferma, potrà egli ancora chiedere la verificazione della scrittura con nuova istanza inserita nella comparsa conclusionale? Sebbene ciò sia stato affermato nella sentenza di un'alta magistratura (1), crediamo di poterlo negare in base al chiaro e tassativo divieto dell'art. 176 del codice di procedura, a cui, come vedemmo, si deroga nei casi di eccezioni d'ordine pubblico, o di proposta d'un giuramento decisorio o di querela di falso, in virtù di esplicite disposizioni (v. n. 256); mentre a proposito della verificazione di scrittura, nulla di analogo è dalla legge stabilito.

Pertanto, colui che non ha chiesto in tempo la verificazione della scrittura deve imputare alla propria negligenza se la sentenza non

(1) Cass. Torino, 23 aprile 1897, *Giurispr. It.*, 1897, I, 1, 621.

Digitized by Google

potrà attribuire alcun valore probatorio al documento prodotto. Gli rimane la facoltà di proporne la verificazione in appello, come potrebbe ivi proporre qualunque altro mezzo di prova.

323. Il giudice delegato può trovarsi, prima o nel corso della prova, impedito all'adempimento del suo uffizio, per cessazione dalla carica o per altro legittimo motivo. In tutti i casi, la surroga definitiva o temporanea è fatta per semplice provvedimento del presidente di quel tribunale che delegò il primo giudice (art. 210), cioè mediante *ordinanza* che dovrà provocare la parte interessata, citando all'uopo l'altra; ma non vi sarebbe nullità, se invece si provocasse con *ricorso* un *decreto* e lo si facesse notificare all'avversario.

324. L'esecuzione della prova e di ogni singolo atto dalla medesima richiesto, è regolata dal giudice delegato, mediante *ordinanze* e *decreti*, a norma dei casi, dietro istanza delle parti, od anche d'uffizio. Di tutte le operazioni d'una prova si fa, come dicemmo, processo verbale (art. 211) che è redatto dal cancelliere sotto la direzione del giudice; se la causa si discute avanti un'autorità giudiziaria diversa da quella che assume la prova, il processo verbale, a cura del cancelliere che lo ha redatto, viene tosto trasmesso alla cancelleria dell'autorità delegante (art. cit.), e in questa viene conservato. Le parti qualora vogliano giovarsi dei risultati di una prova devono chiedere copia autentica del relativo processo verbale e comunicarla come documento nella causa (capov. art. citato).

325. Quale sia la misura dei poteri del giudice delegato, lo accenna l'art. 209. Egli dà provvedimenti per l'esecuzione delle prove; ed in questo senso adunque decide anche sulle controversie che intorno alla esecuzione nascano fra le parti. Ma la sua giurisdizione è affatto precaria; e le parti ponno *reclamare* dalle ordinanze del giudice delegato nella forma e nel termine dell'art. 183 (v. n. 287), nel qual caso la decisione sulla controversia è rimessa al tribunale ad udienza fissa, in primo grado d'istanza. Il reclamo sospende la esecuzione dell'ordinanza, salvo che sia dichiarata *provvisoriamente esecutiva;* ma questa dichiarazione non può essere aggiunta ai provvedimenti che impongono *una pena*, come in caso di non comparizione dei testimoni, ecc. (art. cit., capov. primo). Nel difetto di reclamo, non si potrà mai dire *passata in giudicato* una ordinanza, ma tuttavia essa diviene irrevocabile per l'accettazione che ne hanno fatto le parti. Ed è appunto perciò che l'ultimo capoverso dell'art. 209 statuisce che il difetto di reclamo *non convalida* (1) l'operato del

(1) Si noti il significato espressivo di questo vocabolo *convalidare*, che coincide perfettamente coll'osservazione da noi esposta qui e nel precedente num. 287.

Digitized by Google

giudice *quando egli abbia ecceduto i limiti delle sue attribuzioni.* Non avendosi qui l'autorità di una regiudicata che possa valere *pro veritate*, ma quella sola derivante dall'assenso delle parti, sorge contro l'efficacia del medesimo, nel caso ora menzionato, che implicherebbe una *proroga di giurisdizione*, il categorico divieto dell'art. 69.

326. Per gli atti di esecuzione d'una prova e i relativi processi verbali, si deve usare di regola la lingua italiana. Presentandosi il caso che alla prova debba partecipare qualche persona che non conosca la lingua italiana, e gli uffiziali (1) che intervengono all'atto non conoscano quella dell'interrogato, si nomina un interprete il quale, previa prestazione di giuramento, spiega all'interrogato le domande e riferisce le risposte al giudice, sottoscrivendo insieme agli uffiziali e alle parti il processo verbale che dovrà contenere menzione anche di questi particolari. L'interprete non può essere scelto nè tra i giudici, nè tra gli uffiziali che intervengono all'atto, nè tra i testimoni che per la medesima prova fossero da esaminare, e neppure, s'intende, può essere una delle parti litiganti. Inoltre è prescritto che la persona chiamata a tale uffizio sia maggiore d'età (art. 212).

327. Occorrevano discipline speciali anche pei casi in cui sia mestieri d'interrogare un sordo, un muto od un sordo-muto.

Quando codeste persone sappiano leggere o scrivere non v'è nulla di più semplice. Al sordo si presentano in iscritto le domande ed egli dà verbalmente le risposte; al muto si fanno verbalmente le domande ed egli scrive le risposte; pel sordo-muto sono scritte tanto le domande come le risposte. Ogni cosa è menzionata nel processo verbale, e gli scritti contenenti le domande e le risposte sono al medesimo uniti.

Quando non sappiano leggere e scrivere, si nomina loro un interprete, o più d'uno, secondo le circostanze, scelti fra le persone abituate a trattare con loro. Si osservano anche in questo caso le regole espresse nel precedente numero (art. 213). E tanto le formalità ora dette, come quelle indicate nel numero che precede, deggiono essere osservate a pena di nullità, costituendo guarentigie importantissime per la credibilità della prova.

---

(1) Veggasi la nota al n. 71. Avvertasi, in aggiunta a quanto ivi fu accennato, che mentre nel primo alinea dell'articolo 212 il vocabolo " ufficiali " designa certamente anche il magistrato o i magistrati che assumono o dirigono la prova, nel secondo alinea, enumerandosi le persone escluse dall'ufficio di interprete, sono mentovati distintamente " i giudici " e " gli ufficiali intervenienti all'atto ". Per conciliare le due parti del testo è giuocoforza intendere il secondo alinea nel senso di un divieto imposto *a qualsiasi giudice* oltre che *a quelli intervenienti all'atto*, compresi già tra gli *ufficiali*.

Digitized by Google

328. Un'ulteriore regola generale concerne il caso in cui la persona che il giudice delegato deve udire, o che deve presentarsi all'udienza del tribunale per rispondere verbalmente o giurare, giustifichi l'impossibilità di farlo nel giorno assegnato. Se si tratterà d'impedimento transitorio potrà essere fissato altro giorno; se siavi ragione di stimarlo permanente o di non breve durata, il giudice o il presidente del tribunale si trasferirà in giorno destinato alla abitazione della parte, del testimonio o del perito, per riceverne le dichiarazioni. E quando possa tornar più comodo delegare altro giudice o pretore all'uopo, ovvero se ne verifichi necessità per essere l'abitazione dell'interrogando nel circondario di un tribunale diverso, si provvede alla delegazione nelle forme dette di sopra (art. 215).

329. Essendo o potendo essere utilissima all'accertamento della verità la assistenza personale delle parti all'esecuzione delle prove, essa è sempre autorizzata. La parte che creda opportuno potrà anche farsi rappresentare da un mandatario speciale. S'intende che ciò tutto riguarda i casi e le parti per cui non vi sia già l'*obbligo* di comparire personalmente, per l'indole della prova (interrogatorio o giuramento). La parte o il suo mandatario speciale non avranno bisogno d'essere assistiti dal procuratore costituito, quando la prova si eseguisce davanti al giudice delegato. Ma il procuratore può sempre intervenire, ed interviene alle prove come solo e legale rappresentante del proprio cliente, se questi non abbia in modo diverso provveduto (art. 207).

330. Non è inopportuno ricordare qui le disposizioni disciplinari degli articoli 59, 60, 61 e 62 del codice, la cui applicazione può ricorrere più facilmente ed avere maggiore importanza in tema di assunzione di prove, sebbene siano comuni a tutto il procedimento. Esse non richiedono un'analisi particolare.

§ 2. Interrogatorio.

331. È fuor di dubbio che la *confessione* merita il nome attribuitole di regina delle prove. Essa offre i vantaggi della sicurezza, della semplicità, della speditezza; e il litigante che confessa subisce piuttosto la legge contrattuale che il suo consenso gli ha imposta, anzi che una vera e propria condanna. Era quindi naturale che i legislatori pensassero assai presto a rendere possibile che una parte provochi l'altra alla confessione non uscita spontanea dal labbro di questa, con un mezzo istruttorio il quale, senza esercitare una coazione assoluta sulla coscienza, rappresentasse però in modo efficace e solenne alla mente dei litiganti la maestà della giustizia e il danno di sostenere in mala

Digitized by Google

fede una lite. Già presso i romani troviamo autorizzate all'uopo le interpellazioni direttamente rivolte dal magistrato alle parti, secondo attesta Ulpiano (1): *Ubicumque judicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est* (L. 21, Dig., 11, 1). Ed in queste parole è magistralmente delineato il concetto processuale della prova per interrogatorio. Essa deve mettere il giudice in immediata relazione col litigante, senza preparazione di sorta, senza che costui sappia preventivamente quando e come sarà interrogato, nè su quali punti della controversia, senza che si possa fra le parti discutere sull'ammissione della prova. L'equità del giudice, la sua prudenza, l'opportunità, ecco i soli fondamenti e i limiti giusti di questo istituto. E non gioverebbe dissimulare che dal punto di vista strettamente razionale, il codice italiano rimane ben più addietro della dottrina romana.

332. Il codice francese accolse l'*interrogatoire sur faits et articles*, il cui vizio capitale sta nell'obbligo della preventiva notificazione all'interrogando dei capitoli di prova, cioè delle interrogazioni che gli verranno indirizzate. A questo modo svanisce tutta la spontaneità delle risposte e con essa il pregio del mezzo di prova. Il codice ginevrino, seguendo il concetto romano, lasciò alla podestà del giudice ordinare l'interrogatorio di una o di entrambe le parti come e quando lo creda utile; ma gli fece divieto di indicare le circostanze su cui si aggireranno le interrogazioni, nel provvedimento col quale le ordina; di più le risposte devono essere sempre date all'*udienza pubblica* del tribunale che dovrà giudicare la causa; e l'avversario è in facoltà di specificare all'udienza stessa tutte le circostanze su cui egli desidera che l'interrogatorio si estenda. Il codice francese, con una disposizione quasi sibillina (art. 119), aggiunse all'*interrogatoire sur faits et articles* un altro istituto, la *comparution des parties;* la quale sembra possa essere ordinata dal giudice d'ufficio ed eseguita in forme analoghe a quelle dell'interrogatorio del codice ginevrino (2). Ma gli autori fanno fede che quell'articolo è poco meno che lettera morta. Ed una disposizione consimile, anch'essa similmente disusata, abbiamo noi; essa è riservata nei giudizi davanti i tribunali alle sole liti in materia commerciale, senza che tale limitazione abbia un motivo plausibile.

---

(1) Non si confondano questi interrogatorii, analoghi a quelli delle leggi di procedura moderne, colle *actiones interrogatoriae* e le *interrogationes in jure*, proprie della procedura formolare romana.

(2) Intorno alla *prova per esame delle parti*, introdotta nel nuovo regolamento austriaco, vedasi la nota al seguente n. 336.

Digitized by Google

333. Per proporre la prova per interrogatorio dell'altra parte, conviene, a tenore dell'art. 216, *dedurre specificatamente, per articoli separati*, i fatti sovra i quali s'intende di far eseguire le interrogazioni. Codesta articolazione, nel procedimento formale, ha luogo naturalmente nella comparsa con cui si promuove l'incidente. Sulla concludenza e ammissibilità della prova sarà lecito discutere; e crediamo che le interrogazioni proposte possano dal tribunale essere convenientemente modificate, perchè meglio raggiungano il loro scopo. L'ordinanza, od in caso di contestazione, la sentenza che ammette la prova, delega un giudice per ricevere la risposta. La legge concede anche di ordinare che l'interrogatorio segua all'udienza del tribunale. Ma questa disposizione del primo alinea dell'art. 217 è troppo di rado rammentata dai magistrati, quantunque essa avrebbe il vantaggio di conferire all'esaurimento della prova quella solennità che di certo le manca quando viene esaurita nel gabinetto del giudice delegato in forma troppo confidenziale. Dalle disposizioni poi dei testi citati risulta chiaro come gli articoli dell'interrogatorio debbano essere preventivamente conosciuti dalla parte, la quale avrà così tutto l'agio di imparare a mente le risposte, alla preparazione delle quali non mancheranno di concorrere i suggerimenti del suo difensore. Imperocchè se non alla parte in persona, al di lei procuratore deve essere notificata (e molto prima del dì della prova) la comparsa contenente gli articoli d'interrogazione, *separati* e *specificati*.

Il giorno dell'interrogatorio è stabilito nell'ordinanza del presidente, quando si debba eseguirlo davanti un giudice del tribunale o alla udienza pubblica. Quando sia ammesso con sentenza, o quando sia delegato o richiesto un magistrato estraneo al collegio, spetta al magistrato stesso di fissare il giorno dell'assunzione (art. 217 primo e secondo capoverso).

334. Nel mentre la confessione spontanea può essere fatta anche per mezzo di mandatario speciale (articolo 1356 codice civile), all'interrogatorio, perchè meglio raggiunga il suo scopo deve sempre rispondere la parte in persona. Di più, è prescritto che essa non possa servirsi di alcuno scritto in sussidio della propria memoria (art. 218); però questa cautela non è certo un rimedio adeguato ai vizi od inconvenienti notati nelle considerazioni che precedono.

Se poi la parte non comparisca nel giorno destinato, o se ricusi di rispondere, si hanno per ammessi i fatti dedotti (capov. art. citato). È questa una conseguenza grave ma razionale di quella specie di costituzione in mora che viene fatta col provvedimento che ordina l'interrogatorio. Ed è la sola specie di *confessione tacita* che ammette il nostro codice, oltre il rifiuto o la mancanza alla prestazione del

Digitized by Google

giuramento (v. nota al n. 317). Tuttavia non potevasi a meno di sottrarre l'interrogando a così grave sanzione, quando la non comparizione sia causata da legittimo impedimento; il che appunto dispone il capoverso citato dell'art. 218. La natura e la gravità dell'impedimento saranno in ogni caso particolare apprezzati dal magistrato che giudica della causa. Siccome poi la legge non dice in quale momento debba essere data la giustificazione, potrà venire somministrata anche dopo il giorno della non avvenuta comparizione. E non essendovi termine perentorio per l'esecuzione di questa prova, sarà ridestinato il giorno della sua assunzione ogniqualvolta la legittimità dell'impedimento sia riconosciuta per consenso dell'altra parte o per deliberazione del magistrato e non sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo della causa.

Per stabilire legalmente il fatto della non comparizione, o del rifiuto di rispondere occorre un processo verbale; è quindi indispensabile che all'uopo si presenti al giudice nel giorno fissato la parte che promosse l'interrogatorio od il suo rappresentante. Giacchè la negligenza sua da un lato le toglierebbe il diritto di giovarsi di quella dell'avversario; dall'altro le renderebbe impossibile provare che veramente l'interrogando, nel giorno destinato, non si presentò; mentre rimarrebbe supponibile che esso, dopo aspettato indarno colui che intendeva farlo interrogare, non abbia creduto opportuno assoggettarsi *spontaneamente* alla prova, — ciò che è nelle sue facoltà ma non nei suoi obblighi.

Il valore probatorio della confessione tacita sanzionata nell'articolo 218, pensiamo che debba essere misurato in armonia al sistema generale delle prove nel nostro diritto giudiziario, che è il sistema della convinzione del giudice, non della prova legale. Ciò stante, non si può certamente attribuire alla confessione tacita maggior valore di quello che ha la esplicita. Essa farà *piena prova*, nel caso che rimanga isolata. Ma se l'interrogando dimostrasse che *per errore di fatto* egli si astenne dal comparire o ricusò di rispondere, opinando di non poter negare ciò che poscia verificò essere negabile, sarà da ritenere eliminato l'effetto della tacita ammissione dei fatti. Si dubita però se, indipendentemente dal *provare un errore di fatto*, l'interrogando che non rispose possa contraddire alla tacita confessione con la produzione posteriore di prove idonee a questo effetto. Sembra plausibile la opinione più favorevole, che siffatte prove gli consente. In verità essa è la più consentanea ai principii generali del diritto probatorio vigente, i quali vogliono sopratutto che il giudice cerchi la verità e ne ottenga l'intima convinzione. Inoltre, la irretrattabilità della confessione trovasi sancita in modo tassativo per la

Digitized by Google

espressa, non per la tacita. E poichè non si può a tutto rigore ravvisare nella confessione tacita un atto di deliberata volontà e di matura riflessione come nella espressa, sarebbe soverchiamente rigorosa l'applicazione analogica della regola della irrevocabilità. Nè si trascuri la considerazione che il legislatore nell'art. 218 dispone che i fatti *si hanno per ammessi*, mentre avrebbe potuto più recisamente stabilire che *si hanno per confessati*, qualora fosse stato nel concetto di parificare la confessione tacita alla espressa. Del resto è discutibile se la frase: *si hanno per ammessi* (tolta dai codici sardi) non lasci nessuna latitudine all'arbitrio prudente del giudice; e la ragione di dubitare nasce principalmente da ciò che il codice francese ed altri statuirono che il giudice *potrà ritenere veri* i fatti dedotti, mentre le costituzioni sarde del 1770 permettevano espressamente la prova contraria; nè vi è nella storia della legislazione processuale alcuna circostanza che dimostri avere i compilatori dei codici sardi e del nostro, inteso di regolare con disciplina meno equa questa delicata materia.

335. Nel processo verbale, quando l'interrogatorio sia eseguito, devono essere inserite le interrogazioni e le risposte; esso è sottoscritto dalle parti intervenute, dal giudice delegato (o dal presidente se la prova segue all'udienza) e dal cancelliere (art. 219). Quanto alle sottoscrizioni delle parti, — che vedremo eziandio richieste in varie altre disposizioni concernenti le prove, — rammentiamo una volta per tutte la regola dell'art. 49: « Quando la legge imponga l'obbligo della sottoscrizione a un atto, se chi deve sottoscrivere non possa o non voglia, ne è fatta menzione ». Ciò induce a ritenere non essere mai la sottoscrizione delle parti elemento necessario alla perfezione dell'atto, nè poter derivare la nullità di questo dal suo difetto. Invero, una volta che l'atto giudiziale è ricevuto dall'uffiziale pubblico (cancelliere), che col suo intervento e la sua firma imprime piena fede al contenuto del medesimo, non può venirne tal fede scemata, solo per la mancanza di firma di una parte. Invece vi sarebbe nullità, quando fosse omessa eziandio la menzione prescritta dall'art. 49, la quale serve di guarentigia contro il dubbio che, per artificio fraudolento, alla parte, ignara delle leggi processuali, non sia stato letto il processo verbale e non ne sia stata chiesta, con la sua sottoscrizione, la categorica conferma.

§ 3. Giuramento.

336. Il carattere fondamentale di questo mezzo di prova, fu in ogni tempo la sanzione religiosa che vi si ritenne congiunta. In considerazione di essa Ulpiano lo dichiarò di autorità uguale alla

Digitized by Google

regiudicata, e Paolo disse averla maggiore il giuramento che la regiudicata. Dove manchi l'invocazione religiosa vien meno la ragione di prestar fede al giuramento; laonde in verità nessuna delle moderne legislazioni lo accolse senza prescrivere una formola di prestazione del medesimo, la quale ricordasse solennemente ed espressamente la divinità, presunta consapevole del vero e vindice dello spergiuro.

Così anche il nostro codice di procedura (art. 226) aveva stabilito che il giuramento si dovesse prestare pronunziando le parole: «*giuro chiamando Dio in testimonio della verità di quanto dichiaro*», — e proseguendo indi con l'affermazione o la negazione del fatto costituente materia della prova. Ma la legge 30 giugno 1876 modificò codesto articolo, disponendo che il giuramento sia prestato colla sola parola «*giuro*», esclusa ogni invocazione della divinità; impose però la legge stessa che alla parte la quale giura sia ricordato dal magistrato *il vincolo che i credenti contraggono dinanzi a Dio.*

Diciamo schiettamente: era più logico abolire la prova per giuramento anzichè renderla così ibrida ed assurda. *Ibrida*, perchè quando un legislatore crede di poter scrivere nel testo di una sua disposizione che «*i credenti contraggono un vincolo dinanzi a Dio*» colla prestazione del giuramento, egli proclama non solo l'esistenza di Dio, ma anche il suo diretto intervento nelle cose umane, ed usurpa per tal modo attribuzioni teologiche e spirituali che non gli spettano. *Assurda*, perchè se c'è Dio e i credenti contraggono giurando un vincolo verso di lui, egli è da reputare che lo contraggano anche i miscredenti, essendo puerile il supporre che gli uomini contraggano o no un vincolo verso Dio, secondo che ad essi piaccia di credere o non credere in lui.

Il legislatore ebbe un intendimento civile; ma ha fallito al suo scopo. È certo che la ragione moderna non consente alla affermazione religiosa, — di credenti o di non credenti, — il valore di una prova giuridica. Si abbia dunque il coraggio delle conseguenze logiche; si abolisca questa prova e non si facciano transazioni coi pregiudizi (1).

---

(1) Il nuovo regolamento di procedura austriaco contiene una innovazione radicale in questa materia, avendo abolito il giuramento delle parti, che, cumulativamente con la prova per interrogatorio fra noi vigente, fu sostituito dall'*esame delle parti;* mezzo di prova *complementare*, regolato dalle disposizioni dei §§ 371 a 383. Su proposta o d'uffizio può essere ordinato l'esame *di una o di entrambe le parti;* esso ha luogo anzitutto in forma semplice. Se il giudice non si convince mediante questo interrogatorio della verità o non verità dei fatti che sono materia di prova, *può* ordinare l'esame giurato, imponendolo però *ad una sola delle parti.* Il giuramento falso è soggetto a sanzioni penali. La parte di cui è ordinato l'esame giurato può ottenere *un termine per riflettere.* Non

Digitized by Google

337. Lasciando allo studio del diritto civile le distinzioni fra il giuramento *decisorio*, quello *deferito d'uffizio dal giudice* e quello *estimatorio*, e fra il rispettivo valore, non che l'esame delle relazioni fra l'una specie e l'altra, ci occuperemo soltanto delle norme processuali per l'esaurimento della prova, le quali sono, con poche eccezioni comuni alle diverse specie (art. 228).

Questa prova, quanto al modo di sua esecuzione, si scosta, come già notammo, dalla regola generale, poichè non si esaurisce d'ordinario davanti un giudice delegato, ma all'udienza del tribunale. Soltanto *per motivi gravi*, ammette l'art. 222 che lo si possa prestare davanti un giudice delegato, il quale potrà, a seconda dei casi, appartenere al collegio od essere estraneo al medesimo. I *motivi gravi* per derogare dalla forma più solenne di prestazione del giuramento, sono lasciati alla valutazione del magistrato, il quale nello apprezzarli terrà conto di tutte le circostanze.

338. L'ordinanza o la sentenza che ammette il giuramento ne contiene la *formola;* il giorno della prestazione è stabilito nell'ordinanza, se viene ammesso colla medesima e si debba prestarlo all'udienza o dinanzi ad un giudice del collegio; se è ammesso con sentenza, o se lo si debba prestare davanti un giudice estraneo al collegio, spetta al presidente od al giudice delegato destinare poi l'udienza, con apposita ordinanza provocata dalla parte più diligente (art. 222, primo e secondo capoverso).

è stabilita una conseguenza indeclinabile pel rifiuto a rispondere o per la mancata comparizione a un esame giurato o non giurato: ma il giudice apprezza questi fatti, e così le divergenze fra una deposizione giurata e la precedente non giurata, *valutando accuratamente tutte le circostanze*, per dedurne quale influenza essi abbiano sulla formazione della prova; per quanto poi concerne gli effetti dell'esame a cui la parte siasi prestata, con o senza giuramento, la legge non distingue: essa dichiara (§ 380) applicabili all'esame delle parti le disposizioni sulla prova testimoniale. E in ordine alla valutazione di questa, il § 327 stabilisce: " Il giudice dovrà valutare accuratamente, secondo il suo libero convincimento, tutte le circostanze che influiscono sull'imparzialità del testimonio e la credibilità della sua deposizione ". " La ricerca dell'*an juratum sit* in luogo dell'*an debeatur*, è così relegata dal legislatore austriaco fra i ricordi del passato; e ciò gli dà titolo a sincero elogio. Nessuno, invero, fra i legislatori, e in genere fra gli uomini di senno, oggi mette in dubbio la irrazionalità della prova sacramentale per giuramento; ma a molti sembra ancora che ci voglia molto, anzi troppo, coraggio, per riformare la legge in conseguenza. Notisi che il legislatore austriaco non ha negato omaggio al sentimento religioso e alla tradizione, poichè accolse l'esame giurato della parte come un mezzo di controllo o riprova del semplice interrogatorio. Ma saggiamente obbedì alla stessa logica che già indusse tutti i moderni legislatori ad abbandonare al libero apprezzamento del giudice le deposizioni giurate dei testimoni.

Digitized by Google

L'ordinanza che stabilisce il giorno del giuramento deve essere notificata *personalmente* alla parte che deve giurare, in un termine non minore di quindici giorni, od anco maggiore se il magistrato così prescriva, anteriormente all'udienza fissata (art. 223). Scopo di questa disposizione è di richiamare la parte ad una seria meditazione sulle conseguenze dello spergiuro, affinchè essa non vada a cuor leggiero e senza maturo consiglio al cimento solenne della sua coscienza e del suo onore. La disposizione è sembrata a taluno oscura, nel senso di non comprendersi bene se la notificazione debba farsi anche nella ipotesi che l'ordinanza sia emanata a richiesta di colui che dovrà giurare.

Noi crediamo indiscutibile l'affermativa, perchè la legge non distingue. E diciamo che nel caso proposto, il difetto di notificazione potrà addursi come legittimo impedimento alla prestazione del giuramento nell'udienza prescritta; e che se l'avversario non notifica l'ordinanza, la potrà far notificare il procuratore stesso del giurante al domicilio personale, o alla residenza del proprio cliente. Soggiungiamo nullameno che, mancata la notificazione, il giuramento non tralascia di essere valido, una volta prestato; giacchè chi lo presta, sana con ciò il vizio del procedimento; e l'avversario non può opporre tal vizio, avendovi egli medesimo data cagione.

339. Non presentandosi la parte che deve giurare, nel giorno destinato (sempre che la notificazione le sia stata fatta nel termine e nella forma stabiliti nell'art. 223), s'intende che ricusi di giurare, salvo che giustifichi un impedimento legittimo. Gli effetti del *rifiuto di giurare* sono precisati nell'art. 1367 del codice civile, e si sostanziano nella *soccombenza* circa la domanda o l'eccezione. Quanto al *legittimo impedimento*, al tempo e al modo di giustificarlo, valgano le cose dette al n. 331. — Ripetiamo che il giuramento deve essere prestato dalla parte *in persona* (art. 226), leggendo o ripetendo le parole della formola prestabilita. Le varianti che essa introducesse in questa formola saranno apprezzate dal magistrato, il quale per riconoscere *an juratum sit*, dovrà raffrontare il tenore del giuramento prestato con quello della formola ammessa, e dedurne quel giudizio che le circostanze gli suggeriranno. È poi assolutamente da escludere che per giurare basti pronunziare la parola *giuro* e confermare con un *sì* o con un *no*, od in altra consimile maniera, la formola del giuramento letta dal giudice o posta sotto gli occhi della parte. L'art. 226 dice tassativamente che si devono *leggere o ripetere a voce chiara le parole della formola in cui si giura:* la semplice conferma o denegazione sulla formola da altri letta, od offerta alla vista del giurante, non è un giuramento nè vale come tale.

Digitized by Google

340. Il processo verbale del giuramento viene redatto a parte, e non sul foglio d'udienza. Esso riferisce il tenore letterale del giuramento prestato ed ogni altra particolarità relativa all'esecuzione della prova; menziona, quando occorre, la non comparizione o il rifiuto della parte. È sottoscritto dalla parte che ha giurato, dal presidente o dal giudice delegato e dal cancelliere (art. 227). Per la firma della parte, si tenga presente quanto dicemmo al n. 335.

341. Alcune regole sono particolari al giuramento decisorio. Anzitutto l'art. 220 ricorda la massima dell'art. 1366 del codice civile, la quale ha un'importanza processuale specialissima; e stabilisce in conformità ad essa che il giuramento decisorio si può deferire *in qualunque stato e grado della causa*, Malgrado la larghezza di questa espressione non potrà certamente essere deferito in sede di cassazione, giacchè quivi il fatto della causa è immutabile, quale lo ha stabilito la sentenza d'appello. — Soggiunge il citato art. 220 che chi deferisce un giuramento deve proporne la formola; e ciò è ben naturale, giacchè dall'esame della formola dipende il giudizio dell'altra parte sull'accettabilità del giuramento e quello del magistrato nel caso di controversia. La formola proposta può essere dal tribunale modificata per renderla più chiara, o in generale meglio adatta al suo scopo.

342. L'ipotesi di ammissione di giuramento per *ordinanza*, della quale parlammo nei numeri antecedenti, non può riguardare che il giuramento decisorio su cui le parti si trovino consenzienti. È però interessante di notare che giusta l'art. 221 il procuratore a liti non può deferire, riferire od accettare un giuramento decisorio, rivocarne la delazione, o dispensare dal prestarlo, senza un *mandato speciale* che contenga espressamente questa o quella delle mentovate facoltà, od anche più d'una collettivamente, purchè indicate in via nominativa. Ma poichè le dichiarazioni di deferire, riferire, ecc., sono o possono venir fatte mediante *comparse*, la legge permette che in luogo del mandato speciale sia sufficiente la sottoscrizione della parte nella comparsa. Supposto adunque che una parte abbia regolarmente deferito un giuramento e poi citato il procuratore avversario avanti il presidente perchè si pronunci, se il citato si presenta all'udienza incidentale non munito di speciale mandato, la sua dichiarazione adesiva alla proposta non varrà nulla, a meno che fosse stata preceduta dalla notificazione della comparsa d'accettazione firmata dal cliente. In difetto della qual comparsa, o del mandato speciale, il presidente non potrà ammettere colla sua ordinanza il giuramento, ma dovrà rinviare al tribunale a udienza fissa la decisione. Poichè mediante sentenza del tribunale il giuramento può sempre essere

Digitized by Google

ammesso anche quando manchi o sia incompleta l'accettazione, come può esserlo nel caso di opposizione.

343. Il giuramento decisorio può essere *riferito*, da chi non ha ancora *accettato* di prestarlo (art. 1368 codice civile). Nell'ipotesi ora ultimamente contemplata, di ammissione di esso mediante sentenza, senza preventiva regolare accettazione, occorreva di stabilire sino a quale istante possa il *riferimento* essere effettuato. E l'art. 224 fissa come estremo momento utile quello in cui viene proferita l'ordinanza che fissa il giorno per l'esecuzione della prova. La parte a cui è stato ordinato di giurare, che citata per la destinazione del giorno, non si oppone a questo provvedimento, nè dichiara prima di esso la volontà di riferire il giuramento all'avversario, lascia troppo chiaramente presumere di essere disposta a giurare. La legge si fa interprete di questa volontà, e ne deduce tutti gli effetti che le sono consentanei.

§ 4. Prova testimoniale.

Art. I. Forma ordinaria.

344. A esporre distesamente tutte le discussioni a cui dànno origine la prova per testimoni e la interpretazione degli articoli del codice civile e di quello di procedura che vi si riferiscono, occorrerebbe ben più di un volume. Ma intanto noi escludiamo dal nostro esame tutte le disposizioni degli articoli 1341 e seguenti del codice civile, limitandoci a ricordare che il medesimo spirito che informa quei testi nei riguardi della prova testimoniale, continua a dominare nelle disposizioni del codice di procedura, il quale tende con le sue discipline a fornire le maggiori possibili cautele contro ogni alterazione della verità, di cui il maltalento delle parti o dei testimoni possa far nascere il timore o il pericolo. Tali discipline riassumeremo più brevemente e chiaramente che ci riescirà.

345. Il nostro legislatore non ha creduto di ammettere, col francese e col ginevrino, che la prova testimoniale possa essere ordinata dal giudice anche d'*uffizio*. Ed ebbe ragione, poichè solo le parti sanno se sarà possibile addurre testimoni sui fatti controversi, e l'ordine del giudice di produrli, si potrebbe risolvere in un vano perditempo. I fatti che si vogliono provare per mezzo di testimoni, devono essere dedotti mediante comparsa, specificatamente e *per articoli separati* (art. 229). Promosso l'incidente per la loro ammissione, sarà emanata ordinanza presidenziale, nel caso di accordo delle parti, la quale riprodurrà gli articoli di prova e delegherà un giudice per l'esame dei testimoni (art. 230). Se le parti non saranno concordi la prova verrà ammessa con sentenza, la quale conterrà le

Digitized by Google

medesime indicazioni predette (art. cit.). La legge non esclude che l'esame dei testimoni possa seguire in udienza del tribunale (art. cit.); ma nella pratica non si ricorre guari all'uso di questa facoltà, la quale riescirebbe poco utile, dal momento che non è possibile guarentire che la pronuncia della sentenza definitiva rimanga affidata a quei medesimi giudici che assistono all'esame.

346. La valutazione della prova fornita mediante deposizioni di testimoni è affidata alla prudenza e alla coscienza del giudice, il quale, per convincersi se una circostanza è vera o falsa, deve liberamente apprezzare le deposizioni di vario tenore ad essa relative e ogni altro elemento di convinzione che meriti di essere considerato. In vista di ciò, non poteva esservi difficoltà ad ammettere che una prova testimoniale possa essere smentita anche con altra della stessa specie. Anzi il nostro codice, stimò opportuno di riconoscere in via assoluta e generalissima il diritto alla prova testimoniale contraria (art. 229 capov.) e la distinse in due specie: prova contraria *sulle medesime circostanze* di quella diretta, la quale si effettua colla produzione di nuovi testimoni; prova contraria *su fatti nuovi*, per la quale possono essere introdotti nuovi testimoni o interrogati quelli medesimi della controparte; essa è data mediante deduzione di articoli probatorii diversi, esponenti fatti e circostanze che tendono a confutare la prova dell'avversario o a paralizzarne i risultati per virtù di indiretta contraddizione.

Onde è agevole comprendere che i fatti nuovi di prova contraria potranno non essere in materiale assoluta antitesi con quelli della prova diretta, ma dovranno in confronto a questi presentarsi repugnanti ed inconciliabili razionalmente. L'attitudine pertanto di codesti *fatti nuovi* a fornire una prova contraria può sempre essere soggetto di discussione fra le parti; e chi deduce nuovi fatti a scopo di controprova deve provvedersi colla forma degli incidenti, come si fa per la prova diretta, e fruisce quindi di termini distinti per eseguirla. Questa interpretazione che a noi sembra logica e razionale, non è pacifica nè fra i commentatori nè in giurisprudenza.

La comparsa contenente i fatti nuovi di prova contraria deve, secondo il citato capoverso dell'art. 229, essere notificata nel termine perentorio e non prorogabile di *quindici giorni* da quello in cui è divenuta esecutoria l'ordinanza o la sentenza che ammette la prova principale (v. n. 349). Lo scopo di questa rigorosa brevità è di impedire che si abbia agio di subornare testimoni, e poi, colla certezza di averli favorevoli, proporre la prova contraria.

347. L'esame dei testimoni può seguire davanti un giudice non appartenente al tribunale innanzi a cui pende la lite, delegato

Digitized by Google

nelle forme che già ci sono note. D'ordinario i testimoni sono chiamati a presentarsi nella sede dell'autorità giudiziaria da cui devono essere uditi. Ma se venga riconosciuta la necessità di esaminare i testimoni *sul luogo a cui si riferiscono le deposizioni*, può il giudice trasferirvisi. Il che riesce talvolta utile in controversie su diritti immobiliari, come di proprietà, di possesso, di servitù, di confini, di guasti, ecc. ecc. (art. 231).

348. Allo scopo di rendere *meno facile* la corruzione dei testimoni, la legge vuole che l'esame si faccia entro un termine relativamente breve. Ma se riflettesi che le subornazioni ponno essere preparate di lunga mano, *prima pure d'aver iniziata la causa*, nasce dubbio sulla utilità del provvedimento legislativo. Aggiungasi che il termine non può decorrere, per necessità, se non dal giorno in cui sia definitivamente ordinato l'esame; laonde basta farne oggetto di contestazione e rendere necessaria una sentenza, per guadagnare, anche durante il processo, quanto tempo si voglia, utile a preparare e manipolare la prova.

Il termine, segnato dall'art. 232, è di trenta giorni, *per fare* gli esami, cioè *per averli finiti*. Il codice francese si contenta di assegnare un termine di otto giorni *per incominciarli* (art. 257). Il codice germanico (§ 338) cercò una migliore guarentigia nella prescrizione che i nomi dei testimoni debbano essere indicati con lo stesso atto in cui si articola la prova. Il regolamento austriaco, ora abrogato, disponeva che si dovessero pure preventivamente indicare i nomi dei testimoni sottoponendone l'ammissione, insieme a quella degli articoli probatorii, al giudizio del magistrato, ed inoltre che dovesse essere iniziata l'esecuzione della prova nel perentorio termine di *tre giorni* da quello in cui era stata ordinata definitivamente, e ciò mediante un atto contenente di nuovo i nomi dei testimoni ammessi, intendendosi rinunziato a ciascun testimonio di cui fosse stata tralasciata la designazione (§ 210). Il nuovo regolamento, imitando in questa parte il codice germanico, mantiene semplicemente il sistema della designazione nominativa dei testimoni nell'atto in cui vien proposta la prova (§§ 245 n. 3, 288).

349. Circa la decorrenza del termine dalla nostra legge stabilito, conviene distinguere. Se la prova è ammessa con ordinanza, è dal giorno della sua notificazione che incomincia il termine. Se è ammessa con sentenza *provvisoriamente esecutiva*, incomincia ancora dal giorno della sua notificazione, come è ritenuto dalla più diffusa opinione, convalidata dalla giurisprudenza predominante. Se la sentenza non è provvisoriamente esecutiva, ma la parte soccombente dichiara d'accettarla, incomincia dalla data di questa dichiarazione.

Digitized by Google

Se non vi ha accettazione, converrà attendere che trascorra il termine per l'appello, e dal giorno della scadenza di questo s'inizia quello per l'esame. Se poi si appella, è dalla notificazione della sentenza d'appello che incomincia il termine stesso. Tutte queste diverse regole mettono capo ad un concetto solo: il termine decorre dal giorno in cui è esecutorio il provvedimento che ordina la prova (art. 232, capov. primo e secondo).

Il termine per fare gli esami è comune alla prova diretta ed a quella contraria. Ma se la controprova abbia per oggetto fatti nuovi (art. 229), noi dobbiamo ritenere, in coerenza all'opinione espressa poc'anzi circa la forma procedurale della sua proposizione (v. n. 346), che debba per essa decorrere un termine speciale di trenta giorni, dall'ordinanza o dalla sentenza che vi fa luogo.

350. Sebbene il termine sia perentorio non è improrogabile. Anzitutto può essere prorogato inizialmente col provvedimento stesso che ammette la prova, in cui il magistrato può prefiggere un termine *maggiore* dell'ordinario, in vista di *ragioni speciali*. La legge parla in genere di *un altro termine*, e non di un termine maggiore; ma esso non potrebb'essere *minore* dell'ordinario, se non vi consente colui che ha proposta la prova o se non viene assegnato mediante sentenza.

Le ragioni speciali, di cui parla l'articolo 232, sono caso per caso soggette all'apprezzamento del magistrato. La proroga può essere accordata, *per giuste ragioni*, sopra istanza di parte, nel corso del termine (art. 246); e ciò per provvedimento del giudice delegato; in caso di discordia decide con sentenza il tribunale. È pacifica la giurisprudenza nello ammettere che il giudice delegato sia autorizzato a prorogare *d'uffizio* il termine, quando per ragioni di servizio egli non possa dentro il medesimo attendere allo esaurimento della prova. Nè manco è interdetta una seconda proroga; ma per essa valgono le regole segnate nell'art. 47 (v. n. 73). Il capoverso del citato art. 246 ammonisce che le deposizioni ricevute dopo la scadenza del termine *sono nulle;* ma non autorizza il giudice a dichiarare la nullità d'uffizio.

351. Per procedere all'esame dei testimoni la parte che vi ha interesse dee fare domanda *verbale o scritta* (dice l'art. 233) al giudice delegato, il quale *con ordinanza* stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui i testimoni si dovranno presentare. Vi è una evidente antinomia nel testo. Se occorre un'*ordinanza*, conviene che la controparte *sia stata citata* (capov. primo dell'art. 50) ed allora non può bastare *l'istanza verbale* di uno dei litiganti. Però questa basterebbe se i procuratori si presentassero tutti volontariamente al giudice

Digitized by Google

delegato. Quando l'esame s'abbia da fare all'udienza, la destinazione del giorno è riservata al presidente (art. 248).

L'ordinanza che stabilisce il giorno dell'esame dev'essere notificata *sempre*, sotto pena di nullità al procuratore avversario, almeno dieci giorni prima di quello stabilito per l'esame (art. 233, primo capoverso). Lo scopo della disposizione è di lasciar tempo alla parte notificata di far citare essa pure testimoni di controprova *sui medesimi articoli*, per il destinato giorno dell'esame, non occorrendo per la procedibilità di questa specie di controprova altre forme preventive, se non l'osservanza dell'art. 234 di cui parleremo or ora.

Accade spesso che l'esame non possa esaurirsi in un solo giorno. Perciò la legge autorizza ad eseguirlo *ad intervalli*, purchè nel termine stabilito (art. 233, capoverso ultimo). La medesima ordinanza potrà addirittura fissare più giorni successivi o disgiunti; ovvero al termine d'ogni giornata d'esame il giudice potrà fissarne altra per la prosecuzione della prova. In questo caso non occorre notificare il provvedimento di rinvio alle parti che non furono presenti (art. 241).

352. Affinchè l'avversario sia in grado d'informarsi intorno alle persone dei testimoni, e di muovere contro di loro le eccezioni d'incapacità o di sospetto che fossero del caso, vuole la legge (art. 234) che cinque giorni prima di quello dell'esame i procuratori si notifichino reciprocamente, mediante comparsa, l'indicazione del nome e cognome di ciascun testimonio che sarà presentato, non che la rispettiva condizione e residenza. In difetto di questa notificazione vi ha nullità, ossia a dire, si potrà fare opposizione all'esame o chiedere che non ne sia tenuto conto, se eseguito. La nullità per il solo difetto di taluna tra le menzioni stabilite, ha luogo quando da esso derivi *incertezza assoluta* sulla persona del testimonio indicato. Se l'esame si ha da eseguire in diversi giorni basta, secondo la nostra opinione, che però è contraddetta, che cinque giorni prima di ciascheduna udienza sia notificata la lista dei testimoni da sentirsi nella stessa.

Questo termine di cinque giorni, al pari di quello di dieci di cui si è parlato nel numero precedente, deve essere *pieno* o *libero*. Cioè devono rispettivamente potersi contare dieci o cinque giorni fra quello della notificazione e quello dell'esame, senza computare nè l'una nè l'altra di tali date. Non questa, perchè la legge parla di un numero di giorni *prima* di quello dell'esame; non quella, perchè il giorno incominciato si ha per finito, e perchè il *dies a quo* non si computa, per regola generale, nei termini giudiziari.

Ma quando per accordo delle parti o per sentenza si assegni per fare gli esami un termine minore dell'ordinario, anche quelli degli articoli 233 e 234 dovranno essere proporzionalmente ridotti. La

Digitized by Google

riduzione si farà nella sentenza o nell'ordinanza che assegna il termine minore (art. 235).

353. I testimoni possono essere presentati all'udienza dell'esame dalla parte che li abbia verbalmente invitati. Ma se non consentono a presentarsi a questo modo, sono chiamati a cura della parte stessa, mediante citazione *per viglietto* in cui basta indicare la causa per cui devono comparire. In questo caso si assegna loro il termine di comparizione in conformità dell'art. 147 (art. 238).

Queste disposizioni del nostro codice sono preferibili al precetto del codice francese che impone di citare sempre il testimonio, notificandogli insieme gli articoli di prova su cui sarà interrogato, il che sembra aggravare il pericolo di poca spontaneità delle deposizioni.

Il testimonio citato, se sia legittimamente impedito deve scusarsene presso il giudice, il quale destinerà altro giorno pel suo esame, qualora non trovi più opportuno di provvedere nei sensi indicati di sopra (n. 328). Ma se citato non comparisca, o ricusi di giurare o di deporre, senza addurre ragioni legittime, il giudice oltre a destinare altro giorno per l'esame, rinnovatagli se occorre la citazione, lo condanna in tutte le spese cagionate dalla sua mancanza o renitenza e può anche infliggergli un'ammenda non superiore a lire cinquanta, salvo l'obbligo del risarcimento dei danni. Se poi neppure alla nuova udienza comparisca, o persista nel rifiuto di giurare o di deporre, senza giustificarsi, l'ammenda sarà raddoppiata, le nuove spese e i maggiori danni saranno posti a carico del teste; ed egli, se non comparso, potrà essere tradotto per ordine del magistrato al suo cospetto, dalla pubblica forza; se comparso non abbia voluto giurare o rispondere, potrà essere condannato alla pena del carcere sino a giorni trenta (articolo 239). Tutto ciò può sembrare molto grave; ma è giustificato dalla considerazione che il rivelare al giudice la verità sui fatti che ci son noti è dovere che deriva dallo stato di convivenza civile. Dentro limiti ragionevoli, ciascuno è obbligato ad agevolare l'opera della giustizia, per conseguenza immediata e diretta dell'appartenere alla consociazione politica, di cui questa opera della giustizia concorre all'ordinato mantenimento. Tale essendo il motivo da cui è partito il legislatore, trovò egli equo di prescrivere che quando il testimonio non comparso si presenti in seguito e dimostri di essere stato trattenuto da un impedimento legittimo, il giudice può rivocarne la condanna, ed anco esaminarlo se non sia scaduto il termine a ciò utile (art. 240).

354. Le formalità relative all'esame sono le seguenti:

Ciascun testimonio è interrogato separatamente dagli altri (articolo 241), e deve anzitutto prestare giuramento *di dire tutta la*

Digitized by Google

verità, e null'altro che la verità (1). Il giudice lo ammonisce prima sull'importanza del giuramento e sulle pene comminate per la falsa testimonianza. Neppur qui si fa luogo ad invocazione della divinità (art. 242 riformato dalla legge 30 giugno 1876). Prestato il giuramento e prima di deporre, il testimonio dichiara il nome, il cognome, la condizione, l'età, la residenza, le relazioni di parentela, di affinità, o di servitù con taluna delle parti, l'interesse che ha nella lite. Su tutti questi punti il giudice farà interrogazioni al teste e le di lui risposte saranno menzionate nel processo verbale.

Dopo di che si procede all'esame. Il giudice interroga il testimonio sui fatti articolati. Può fargli d'uffizio qualunque domanda che ritenga opportuna a meglio chiarire la verità. Alle parti, ed ai loro procuratori, è vietato di interrogare il teste od interromperlo. Ma possono chiedere al giudice che gli proponga domande ulteriori, nel predetto scopo di chiarire la verità; ed il giudice, se le riconosca utili *deve* farle (art. 243). Al giudice spetta eziandio la facoltà di porre *a confronto* due o più testimoni tra di loro, dopo le rispettive separate deposizioni (art. cit.). La legge non dice in quali circostanze il confronto possa essere ordinato, ma se ne rimette alla perspicacia del giudice; è da ritenere che lo possa egli disporre tanto d'uffizio come sovra istanza di parte, sia dopo l'esaurimento di tutto l'esame, che dopo sentiti alcuni dei testimoni e così fra tutti quelli sentiti, come fra alcuni di loro. L'ordinanza che stabilisce il confronto sarà sempre suscettiva di reclamo al tribunale da parte del contendente che vi abbia interesse; ed è superfluo avvertire che il confronto non è valido se non abbia luogo dentro il termine ordinario o prorogato della prova, giacchè forma parte integrante dell'esecuzione di essa.

355. La deposizione deve essere fatta dal testimonio a voce; ma il giudice può permettergli di consultare *note* o *memorie*, quando la natura della causa lo richieda, o la qualità del testimonio lo dimostri conveniente (art. 243).

Tutte le risposte sono scritte nel verbale dell'esame *in prima persona* e lette al testimone, finita che sia la deposizione; il giudice indi gli chiede se vi persista. La redazione del processo verbale ha luogo per mano del cancelliere sotto la direzione del giudice, il quale

---

(1) Merita d'essere ricordato che il codice di procedura germanico (§ 356) autorizza le parti a rinunziare d'accordo al giuramento del testimonio. E secondo il nuovo regolamento di procedura austriaco, il giudice può in alcuni casi differire la decisione sulla prestazione del giuramento da parte del testimonio fin dopo seguìto l'esame, e deliberare poi che esso debba esserne dispensato, se la deposizione si presenta irrilevante o poco credibile (§§ 337, 338).

Digitized by Google

dovrà aver cura di avvicinare quanto più sia possibile il contenuto del medesimo al testuale discorso del testimone. Meglio se potrà fedelmente riprodurvi le di lui parole. In questa parte dell'uffizio del giudice delegato sta molta difficoltà: e spesso dalla buona o cattiva esecuzione di esso dipende l'esito di una lite.

Il testimonio, sentita la lettura della deposizione, la conferma, o vi fa le variazioni od aggiunte che creda opportune, le quali vengono pure scritte di seguito ad essa. Infine la sottoscrive, a meno che dichiari di non volere o poter farlo, nel qual caso se ne inserisce menzione nel processo verbale (art. 244 e 247 nn. 8 e 9).

356. Quando l'esame dei testimoni segue in udienza pubblica, le interrogazioni si fanno dal presidente; i giudici pure ponno farne se da lui ne ottengano facoltà. Non v'hanno altre differenze dal sistema che si è detto sopra o dalle regole che ulteriormente esponiamo. Il processo verbale dell'esame si redige separatamente dal foglio d'udienza (art. 248).

357. Se i testimoni non possono ricusare alla giustizia il proprio concorso, non va dimenticato che essi prestano l'opera loro nell'interesse privato d'un cittadino. Quindi devono ricevere da lui un'indennità conveniente pel tempo che hanno perduto e per le spese incontrate onde recarsi al luogo dell'esame. Ma essendo libero ciascun testimonio di non esigere l'indennità, il giudice interpella ognuno, finito il rispettivo esame, per sapere se la pretenda; ed in caso di risposta affermativa, ne stabilisce l'importo e ne ordina il pagamento alla parte che introdusse il testimonio. La domanda, la risposta, la liquidazione e l'ordine di pagamento sono inseriti nel processo verbale; l'ordine stesso ha forza esecutiva immediata contro l'obbligato (art. 245).

358. Circa la forma e il contenuto del processo verbale contiene particolareggiate disposizioni l'articolo 247. Le quali possono essere sintetizzate da noi in poche parole, col dire che il processo verbale, oltre la data, deve contenere tutte le indicazioni di quanto fu fatto in eseguimento della prova, come sopra venimmo esponendo, non che le sottoscrizioni dei testimoni o le menzioni indicate nel n. 355, le sottoscrizioni delle parti e dei loro procuratori, se presenti, quelle del giudice o del presidente e del cancelliere: il n. 5 dell'articolo accenna eziandio alle *eccezioni di sospetto*, delle quali teniamo discorso al n. 361.

Nel testo citato è per noi importante notare il tenore dei due capoversi; il primo dei quali commina *nullità* se manchi la firma dei testimoni, o la menzione di non aver voluto o potuto firmare; su di che ricordiamo una volta ancora quanto fu esposto al n. 335. Il secondo

Digitized by Google

capoverso sanziona pure la *nullità* nel caso che l'omissione o l'inesattezza di altre fra le indicazioni richieste, produca assoluta incertezza circa il tempo in cui seguirono gli esami, o il loro oggetto, o le persone dei testimoni o delle parti, o l'adempimento di quelle formalità la cui omissione sia titolo di nullità. Dovranno dunque tali questioni esaminarsi caso per caso dai magistrati, per venir giudicate come di ragione. La data del processo verbale, o un qualche suo valido equipollente importa assai per accertare che l'esame sia stato eseguito in termine utile. È però da ritenere che verificandosi *nullità parziale*, cioè omissione di formalità essenziali soltanto rispetto all'esame di uno o di alcuno dei testimoni, essa non si comunicherebbe al resto del processo verbale ove contengonsi deposizioni regolarmente raccolte. E ciò in modo espresso il legislatore dichiara (art. 250).

359. Giudicato nullo un esame in tutto od in parte, se ciò sia per colpa del giudice, del cancelliere, di uno dei procuratori o dell'usciere, se ne ammette la *rinnovazione*, non essendo equo che la parte subisca danno pel fatto altrui. E la persona responsabile sostiene le spese del nuovo esame. Per l'esecuzione di esso l'autorità giudiziaria stabilisce un termine, che decorre *dalla notificazione della sentenza che pronuncia la nullità;* sembra quindi che la sentenza debba essere dichiarata sempre *provvisoriamente esecutiva*, o sia tale *ope legis* (1). Non si devono però eccedere i limiti della pura e semplice *rinnovazione;* laonde nessun nuovo testimonio può essere introdotto. E se alcuno dei testimoni che dovrebbersi riesaminare non possa più essere sentito, l'esame annullato sarà tenuto in conto come di ragione, dall'autorità giudiziaria.

Tutte queste disposizioni sono scritte nell'articolo 249; e basti soggiungere che è principio pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza che fuori di questo caso non è ammissibile, per qualsivoglia motivo, la rinnovazione degli esami sugli stessi articoli, o la riapertura del termine, una volta chiuso; il che vale tanto durante il giudizio di prima istanza, come pel superiore grado d'appello.

360. Ci rimane a dire della capacità e della fede dei testimoni.

In riguardo alla *capacità*, il nostro legislatore dichiara nell'articolo 236 non poter essere sentiti come testimoni i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti; nè il coniuge, ancorchè separato,

---

(1) Questa è congettura logicamente imposta dal testo della legge. Ma, secondo le regole generali del procedimento, salvo il caso di esecuzione provvisoria espressa, il termine dovrebbe decorrere dal passaggio in giudicato o dalla accettazione della sentenza, o, se vi fu appello, dalla notificazione della sentenza proferita in secondo grado (v. n. 349).

Digitized by Google

salvo nelle questioni di stato o di separazione personale. Simile eccezione è determinata dal considerare che in questa specie di controversie sarebbe spesso malagevole aver altro mezzo di prova che la deposizione di testimoni vincolati in parentela con alcuna delle parti.

Soggiunge il capoverso dell'articolo che i minori di anni quattordici possono essere sentiti senza giuramento e *per semplice schiarimento.*

Come vedesi, le limitazioni segnate sono assai scarse. E parrebbe impossibile non doversi aggiungere ad esse, secondo i principii generali del diritto, l'incapacità delle persone prive dei diritti civili, cioè degli interdetti per infermità di mente o per condanna criminale. Pur tuttavia noi rifuggiamo da questa concessione, poichè il linguaggio della legge è categorico; la dichiarazione d'incapacità è odiosa, e come tale va interpretata in senso restrittivo. Potranno le condizioni della mente rendere impossibile un esame; potranno esse, come i precedenti criminali, essere motivi di sospetto gravissimi (v. num. seguente), ma non sono titoli d'incapacità. Così dicasi di qualunque vincolo di parentela diverso da quelli enumerati nel testo. E la stessa regola si applichi alla controversa capacità dei mandatari e dei procuratori alle liti, che noi ammettiamo, appunto perchè la legge non la esclude. L'invocare le disposizioni d'altre leggi in favore della tesi contraria, è il migliore argomento per la sua confutazione. Giacchè se il nostro legislatore adottò differente linguaggio, ciò prova che ebbe volontà diversa, trattandosi di materia la cui disciplina legislativa diede sempre occasione a molte dispute e difficoltà. L'interprete deve dunque rispettare la volontà chiaramente espressa nella legge.

Ma come mai il legislatore non ha detto che *le parti* sono incapaci di far testimonianza? — Non ve n'era certo bisogno: il nome di *testimonio* sta in troppo diretta antitesi con quello di *parte in causa*, per ammettere compatibilità delle due situazioni. Più che incapacità, qui emerge una assoluta mancanza di organici elementi per aversi la figura di un testimonio. D'altronde, se la parte che propone la prova non può certamente presentare sè stessa come teste, l'avversario suo dispone dell'interrogatorio e del giuramento, come mezzi di cimentarne la coscienza. Nè vi hanno dubbi in proposito.

Se non che, è sottile l'indagine sul punto: a chi spetti la qualifica di parte in causa. Se stanno in conflitto due persone fisiche, difendendo interessi personali rispettivi, non vi è possibilità di equivoci. Ma è parte in causa anche chi vi è intervenuto in qualunque forma ed a qualunque titolo; lo è del pari il garante, se la causa di garantìa fu unita a quella principale; non già se procede separata, e più ancora se è già stata separatamente decisa, poichè allora il garante è od è stato parte in altra causa, qualunque sia il suo interesse nell'attuale.

Digitized by Google

È parte in causa anche chi vi sia comparso per mezzo di un amministratore, rappresentante o procuratore di qualunque specie. Ciò è da dire dei membri di una società civile (v. n. 42), dei soci d'una società di commercio in nome collettivo che pel vincolo legale di solidarietà illimitata si devono considerare rappresentati l'uno dall'altro in ogni atto sociale; non è lo stesso per l'accomandante rispetto ad una accomandita semplice e per l'azionista rispetto ad una società per azioni, prevalendo allora la regola che la società è un ente distinto dalle persone dei soci; in queste ipotesi solo chi possiede la facoltà di rappresentare la società in giudizio avrà la qualifica di *parte in causa*. Per analoga ragione i creditori di un fallimento non sono parti nella causa sostenuta dal curatore, ma vi sono semplicemente interessati. E passando alle amministrazioni pubbliche, è da adottare per criterio che si considerano parti in causa coloro cui ne spetta la giudiziale rappresentanza e non invece i membri dei corpi consultivi o deliberanti, quand'anche abbiano concorso ai fatti ed alle decisioni che diedero origine e moto al giudizio, nè i funzionari superiori cui è deferita la tutela o la sorveglianza delle dette amministrazioni. Analogamente va detto degli enti morali in genere. Rispetto agli incapaci, il tutore, o il padre che rappresentano un minorenne od interdetto, sono parti in causa identificandosi coi loro rappresentati; il curatore lo è insieme all'emancipato od all'inabilitato; lo è il marito insieme alla moglie; perchè tutti costoro concorrono nella difesa della lite, integrando la personalità di una delle parti; ma non lo sono i membri del consiglio di famiglia, nè lo è il protutore, a meno che sia comparso in giudizio in luogo del tutore. Vi sarà, lo ripetiamo, una larga messe di motivi di sospetto, in tutti i casi, in cui abbiamo esclusa la qualità di parti in causa; ma non sarà dato parlare d'incapacità.

361. E di questi motivi di sospetto ora parliamo.

La credibilità di una prova testimoniale dipende essenzialmente dalla latitudine e sicurezza delle cognizioni manifestate dal testimonio, e dalla fiducia ch'egli ispira. La quale fiducia non dipende sempre dalla sua moralità in senso assoluto, ma più spesso dalle condizioni sue soggettive rispetto alla causa. La regola: *testis unus testis nullus*, non potè essere accolta in quelli dei moderni codici che vollero fondata la formazione della prova giudiziaria sul coscienzioso convincimento del magistrato. Ma riconobbero essi doveroso di lasciare ampia discrezione ai giudici per *pesare* il valore intrinseco di ogni deposto testimoniale, aprendo eziandio alle parti un largo campo di azione come collaboratrici a questa dilicata opera di apprezzamento. Tale è la ragione per cui sono permesse le *eccezioni di sospetto*, vale a dire la designazione di tutte le circostanze di fatto e d'ordine morale, che

Digitized by Google

possono scemare la fiducia nel testimonio. Il codice francese, e dietro il suo esempio alcuni altri fra cui i sardi, fecero una specifica enumerazione dei motivi che possono rendere sospetto un testimonio; il qual sistema però lasciava in dubbio se potessero tenersi in conto motivi diversi dagli espressi; e ricordava un po' troppo quello delle prove legali. Sapientemente il Pisanelli volle sbandirlo dal codice patrio, lasciando libere le parti di indicare ogni specie di ragioni contro la credibilità dei testimoni e sovrano il giudice nello apprezzarle e giudicarle. D'altronde, contenendo sempre la enunciazione del sospetto un grave attacco alla persona del teste ed all'interesse della controparte, non bastava per certo che fossero autorizzati i litiganti ad usarne a loro piacimento, ma doveva questa libertà essere moderata da opportune cautele, che si compendiano: 1° nell'obbligo di specificare i motivi del sospetto; 2° in quello di provarli. La prova può risultare da atti scritti, dalla ammissione delle circostanze dedotte, per parte dell'avversario o dello stesso testimonio (che il giudice può all'uopo interpellare, se il sospetto sia dedotto nel corso dell'esame); nè la legge vieta di fornirla altrimenti; soltanto prescrive che per ammettere la prova testimoniale di un motivo di sospetto concorrano circostanze *gravi*, *precise* e *concordanti* a farlo ritenere verosimile (art. 237). In ogni caso poi, coerentemente alla ragione ispiratrice delle indicate regole, il teste deve essere esaminato, salvo all'autorità giudiziaria di apprezzare come di ragione la testimonianza.

Art. II. Esame a futura memoria.

362. Lo scopo di questa specie di prova, la cui origine risale al diritto canonico, è di conservare una deposizione testimoniale che sia in procinto di andar perduta, onde servirsene in un giudizio che potrà venire di seguito iniziato, o che sebbene già pendente, non è ancora arrivato al punto in cui possa la ordinaria prova testimoniale essere eseguita. La grave malattia della persona che, sola forse, è in grado di attestare un fatto, la di lei imminente partenza per una guerra o per un viaggio lungo o pericoloso, la vecchiaia acciaccosa o fortemente avanzata, ed altre simili circostanze, possono darvi plausibile occasione. Non si tratta di provare fatti, per trarne immediate conseguenze di diritto, ma di conservare come documento la testimonianza, per poterla consultare nell'istante in cui ne sorga il bisogno. Quindi è che per ammettere un esame a futura memoria non fa d'uopo stabilire la *concludenza* della prova, ma soltanto la sua *legalità* e la *connessione* che essa può avere col rapporto giuridico o colla controversia che esista o sia possibile fra noi ed altra persona.

Digitized by Google

363. Fra i molti abusi giudiziarî verificatisi in Francia nei secoli passati convien dire fossero rilevanti quelli cui davano luogo gli esami testimoniali a futura memoria, che aboliti coll'ordinanza del 1667 non furono ammessi neppur dal codice di procedura. In Piemonte vennero ristabiliti soltanto nel 1859, seguendo l'esempio del regolamento austriaco e del pontificio, del codice parmense e dell'estense. Il progetto Pisanelli limitava l'ammissibilità di questa specie di prova al caso di lite già iniziata; nella redazione definitiva del codice vi fu compreso anche l'altro di lite futura.

364. Coerentemente allo scopo di questo mezzo di istruttoria, la sua esecuzione non pregiudica la controversia sull'ammissione definitiva della testimonianza, il cui esame è riserbato al tempo nel quale la lite venga realmente promossa, o giunga — se è già pendente — al punto d'istruzione in cui sia possibile trattare di questo soggetto. Ciò dispone il penultimo capoverso dell'art. 251. Per conseguenza è solo dopo ammessa definitivamente la prova, con sentenza o con ordinanza nelle forme ordinarie, che potrà essere rilasciata dal cancelliere e prodotta in giudizio con effetto probatorio la copia del processo verbale dell'esame (capov. ultimo art. citato).

365. La forma del procedimento è semplicissima. Se vi è lite già pendente, si segue il rito degli incidenti (capov. primo art. cit.). Se non vi è, il proponente la prova cita l'altra parte davanti l'autorità giudiziaria che sarebbe competente per la causa di merito, a udienza fissa, e la domanda sarà discussa colle norme del rito sommario (capov. secondo art. citato).

Il punto precipuo su cui deve aggirarsi la indagine del magistrato, oltre la *legalità* della prova, è l'*urgenza* di assumerla. Quindi, allorchè questa sia accertata, il presidente, nel caso di lite pendente, ammette la prova a sensi dell'art. 182, colla sua ordinanza, la quale è esecutiva *non ostante reclamo*, per espressa disposizione della legge (capov. terzo e quarto art. 251). Del pari è immediatamente esecutiva la sentenza nel caso che la prova sia ammessa con questa, non ostante l'opposizione o l'appello di cui fosse passibile (art. cit.).

366. Le norme per eseguire l'esame sono le medesime stabilite per la testimonianza ordinaria. Il termine però decorre dal giorno dell'ordinanza o della sentenza, giusta quanto si è detto di sopra; inoltre è da ritenere necessario che il nome od i nomi di chi dev'essere udito, siano fatti conoscere nell'atto medesimo col quale vien proposto l'esame, essendo questa una condizione indispensabile per poter giudicarne l'urgenza. Ma ciò non dispenserà dalla notificazione prescritta nell'art. 234, la quale serve alla definitiva identificazione dei prodotti testimoni. Per tutte le varie pratiche potranno essere abbre-

Digitized by Google

viati i termini in considerazione dell'urgenza, nel senso degli articoli 232 e 235.

Nella istanza per l'esame a futura memoria devono essere articolati i fatti che si deducono a prova. E la prova contraria è sempre di diritto; laonde qualora si trattasse di eseguirla *su fatti nuovi*, ma per mezzo *degli stessi testimoni* della prova diretta, dovrà *ipso jure* anche per essa concedersi il loro esame a futura memoria.

Potrà accadere che il tribunale, adìto per l'esame a futura memoria, debba poi, nel giudizio di merito, dopo piena cognizione di causa, dichiararsi, od essere dichiarato dal magistrato superiore, incompetente. Ciò non può togliere valore alla prova raccolta, la quale sarà efficacemente prodotta innanzi al giudizio competente.

§ 5. Perizia.

367. Quando, per risolvere una controversia, occorre al giudice di essere illuminato dalle cognizioni d'un'arte o d'una scienza che è fuori dal suo ordinario patrimonio intellettuale, nulla di più ovvio che egli chiegga l'aiuto di persone in quella scienza od in quell'arte esperte, per consultarle ed interrogarle. Ma poichè il giudizio sulla lite è riserbato al magistrato, la risposta del perito non debbe imporsi in verun caso alla sua coscienza. È un insegnamento, una guida della quale egli farà quel pregio di cui l'intelligenza e la ragione gli daranno in ciascun singolo caso la misura. Altrimenti l'opera del perito sostituirebbe quella del magistrato, se non del tutto, almeno in una parte essenziale. Onde si capisce come sia principio necessario e dalla legge esplicitamente sanzionato che l'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria, la quale deve pronunziare secondo la propria convinzione (art. 270); non si dimentichi per altro che di questa devono essere giustificate le ragioni, motivando la sentenza.

Nella relazione Pisanelli, è affermato che se la prova testimoniale ha per uffizio di stabilire i fatti *transeunti*, la perizia ha per iscopo di portare alla cognizione dei giudici i fatti *permanenti*. La *permanenza* va intesa puramente nel senso della *attuale esistenza* del fatto al tempo in cui la prova si eseguisce. Non sempre poi la perizia è diretta a far conoscere un fatto, bensì spesso a rendere noti gli apprezzamenti della scienza o dell'arte su di un fatto che nella sua materialità non è oggetto di contrasto. Nell'insieme dunque l'uffizio dei periti s'accosta in parte alla funzione del giudice, e partecipa in certa misura al carattere della testimonianza (1). Il che spiega come

(1) Discutono i nostri proceduristi se in analogia a quanto è stabilito per la testimonianza, possa essere ordinata la *perizia a futura memoria*. Noi teniamo per la negativa, non potendosi introdurre di pianta nel codice un

Digitized by Google

da un lato sia regolata la *capacità* loro coi medesimi criteri di quella dei testimoni, e si conceda poi alle parti di *ricusare* i periti per gli stessi motivi per cui possono ricusare i giudici (art. 254), argomento, questo della ricusazione, del quale riserviamo il discorso ad altra sede (libro IV, tit. I, capo I).

368. Il nostro codice attinse da quello di Ginevra l'idea di alcune modificazioni al sistema di procedimento stabilito per questa prova dal codice francese.

La perizia, proposta nei modi ordinari, viene ammessa con ordinanza o con sentenza; il suo oggetto deve essere chiaramente enunciato nella forma di quesiti che i periti risolveranno. E perchè la sua esecuzione non serva di pretesto a trascinare troppo in lungo la controversia, viene assegnato nel provvedimento stesso il termine in cui la si deve eseguire (art. 252).

La scelta dei periti è fatta dalle parti d'accordo, o dall'autorità giudiziaria, nel caso che non possano fra di esse convenire (art. 253); non è però lecito che le parti si accordino nella scelta di alcuni fra i periti e lascino al magistrato la nomina di altri; così avrebbesi il pericolo che ciascuna parte scegliesse uno o più periti di sua esclusiva fiducia ed accaparrati al suo servigio, facendo analoga concessione all'avversario. Questo era invalso nella pratica antica che si è voluta totalmente sbandire.

369. Una guarentigia della prova peritale sta nel *numero* dei periti. È intuitivo che per aversi la possibilità di un *giudizio*, nell'evento di dissensioni fra i periti, occorre che il loro numero sia *dispari*. Il codice francese aveva pertanto stabilito che i periti non fossero mai meno di tre, richiedendo il consenso delle parti perchè potesse venirne eletto uno solo. Parve ragionevole tener conto della semplicità di molti casi, nei quali pur è indispensabile l'opera del perito (suppongasi una divisione, la misurazione d'un fondo, la stima d'una cosa mobile od immobile, ecc.); e si preferì lasciare al magistrato, ovvero all'accordo delle parti, di determinare se debbansi eleggere uno o tre periti (art. 253). La legge non parla di numero superiore a tre; ma quando le parti si ponessero d'accordo per avere cinque periti o sette, ecc., non vediamo motivo per negarne l'ammissibilità.

370. È chiaro che quando l'elezione dei periti sia fatta per concordia delle parti, non si può parlare di ricusazione, — eccetto il caso in cui questa fosse motivata da cause sopraggiunte *dopo la nomina* (cap. primo dell'articolo 254). La legge del resto vuole che in tale

istituto che non vi figura. Sarebbe tuttavia utilissimo ed assai encomiabile un provvedimento legislativo il quale la istituisse, come fu fatto nel codice germanico (§ 447) e nel nuovo regolamento austriaco (§ 384).

Digitized by Google

riguardo sieno evitati tutti i pretesti d'indugio e sia dato pronto esaurimento alla difficoltà che la ricusazione del perito fa insorgere nel procedimento. Perciò i motivi di ricusazione *anteriori* alla notificazione della nomina dei periti fatta *d'uffizio*, deggionsi proporre entro otto giorni da tale notificazione od entro quel termine più breve che l'ordinanza o la sentenza di nomina avesse in caso d'urgenza fissato. I motivi *posteriori* alla notificazione della nomina d'uffizio od alla scelta fatta consensualmente, sono proponibili sino all'istante della prestazione del giuramento (v. n. 372). Questo prestato, e vincolata la coscienza del perito al fedele adempimento dei suoi uffizi, non è più lecito ricusarlo (art. 255).

La ricusazione si propone al tribunale mediante citazione della parte avversaria a udienza fissa; la citazione viene notificata anche al perito od ai periti ricusati, che hanno diritto di presentarsi in giudizio per contrapporre quei fatti o quelle considerazioni che credano convenienti al motivo od ai motivi della ricusazione. Nell'atto di ricusazione devesi contenere, oltre la proposta dei motivi, anche l'indicazione dei documenti sui quali essi fondansi, ovvero l'offerta delle prove testimoniali che a loro dimostrazione occorressero (art. 256).

Se i motivi son riconosciuti plausibili, la sentenza che ammette la ricusazione nomina altri periti. Essa non è appellabile (art. 257). È codesto un savio provvedimento, poichè non giova trarre in lungo una disputa sempre odiosa; d'altronde se ad un magistrato parve ben fondata la ricusazione, sarebbe assurdo che per giudizio di un magistrato superiore gli fosse imposto di avere fiducia in quel perito in cui egli ha ormai manifestato di non averne.

Ma la ricusazione può essere rigettata. Allora il giudizio grava direttamente una delle parti, la quale — se esso sia ingiusto — può risentirne nocumento assai grave; non si doveva quindi in siffatta ipotesi derogare dalla regola comune dell'appellabilità della sentenza; solo, per la necessaria celerità del giudizio, furono stabiliti all'appello (da trattarsi esso pure a udienza fissa), termini assai più brevi degli ordinari (art. 258).

371. Il rigetto della domanda di ricusazione attesta una certa leggerezza nella parte che la propose. E poichè i motivi addotti ponno essere stati di tale natura da offendere l'onore dei periti, si volle che il ricusante fosse tenuto nel caso di soccombenza a rifondere i danni ai periti ricusati che ne facciano istanza. L'istanza può essere proposta o nello stesso giudizio di ricusazione, se il perito vi interviene, od anche, in ogni caso, in giudizio posteriore alla sentenza di rigetto della ricusazione. Siccome però il perito che chiede la rifazione dei danni si pone in uno stato di antagonismo o lotta aperta colla

Digitized by Google

parte ricusante, così fu prescritto che egli debba abbandonare l'uffizio di perito, o cessarne *ipso jure*, allorchè proponga o voglia proporre la detta domanda. Adunque il perito che dopo rigettata la ricusazione avesse eseguita la perizia, od anche solo assunto l'incarico colla prestazione del giuramento, avrebbe con ciò irrevocabilmente rinunziato all'azione d'indennizzo (cit. art. 258).

372. Come è ritenuto necessario per i testimoni, anche pei periti la prestazione del giuramento costituisce una specie di cauzione morale della coscienziosità delle loro operazioni. L'ordinanza o sentenza che ammette la perizia delega un giudice per ricevere il giuramento dei periti (art. 252); la parte più diligente cita innanzi a lui l'avversario e i periti a giorno fisso, affinchè questi giurino (del che si redige processo verbale); ed in tale occasione il giudice stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui cominceranno le operazioni peritali. A domanda dei periti ordina anche alle parti di anticipare quanto abbisogna per le spese (art. 259). Non presentandosi il perito nel giorno stabilito per giurare, o nel giorno e nel luogo stabilito per la esecuzione della perizia, dopo aver giurato, lo si reputa rinunciante; nel secondo caso può anche essere condannato a risarcire le spese e i danni. Tanto in queste ipotesi, come in quella di rifiuto espresso del perito (il quale non è mai *obbligato* ad accettare la nomina), si procede alla scelta di un surrogante, o per accordo delle parti, o dall'autorità giudiziaria (art. 260).

373. Affinchè i periti possano adempiere il loro incarico devono ricevere in consegna dalle parti entro cinque giorni dal prestato giuramento, la copia dei quesiti sui quali sono interrogati ed i documenti il cui esame può, a norma dei casi, essere necessario (art. 261). Le parti possono assistere all'esecuzione della prova, secondo le regole generali; e poichè la medesima si compie senza l'intervento continuato del giudice, è data facoltà alle parti stesse di rivolgere direttamente ai periti le osservazioni che credano di proprio interesse; i periti devono farne cenno nella relazione (articolo 262). Si usa spesso di comunicare ai periti *ricordi* scritti, che essi allegano alla relazione.

374. Abbiamo detto che ai periti è assegnato un termine per compiere le loro operazioni. Dentro il termine, la distribuzione e l'ordine dei lavori è regolato dal loro criterio. Se poi non riescano a compierli, hanno facoltà domandare una proroga, purchè prima della scadenza, mediante ricorso al presidente, che provvede dopo sentite le parti (e ciò perchè la domanda di proroga non serva a legalizzare la negligenza dei periti); alla prima proroga non potrà seguirne una seconda se non nelle condizioni dettate dall'art. 47; in ogni caso con lo

Digitized by Google

spirare del termine stabilito o prorogato, il perito che non abbia compiute le operazioni o non presenti la relazione, decade *di diritto* dalla nomina, e le parti possono chiederne la surrogazione nei modi già spiegati; il perito negligente non solo non ha diritto ad alcun rimborso di spese od onorario, ma è tenuto verso le parti alle spese ed ai danni che da sua colpa derivano (art. 263 e 268). Però, se la relazione è presentata fuori dal termine, ma prima che dalle parti sia stata chiesta la surrogazione, intendesi convalidata dal loro silenzio la mora del perito, e la relazione rimane valida. Può anche essere dimostrato che il ritardo del perito ebbe causa da un legittimo impedimento, nel quale caso non sarà da ritenere la di lui decadenza dall'incarico. Avvertasi però che, allorquando tale decadenza si verifica, non può l'autorità giudiziaria, provvedendo per la nuova esecuzione della perizia, conferirne una seconda volta l'incarico al perito decaduto.

375. Le operazioni peritali, che abbiamo replicatamente menzionate, costituiscono l'esecuzione della prova in discorso e dividonsi in due parti distinte: 1° esame e studio della materia sottoposta a perizia e delle questioni presentate ai periti; 2° relazione al magistrato in cui sia espresso il risultato degli studi ed esami nella forma di risposte ai quesiti formolati.

Per la prima parte non occorrevano nè erano possibili regole o formalità; per la seconda il legislatore italiano si è trovato dinanzi due sistemi. L'uno, accolto dal codice francese, che vuole una relazione peritale scritta in tutti i casi; l'altro, preferito dal codice ginevrino, che lascia liberi i giudici di ordinare la relazione in forma verbale all'udienza pubblica. Fu prescelto il francese temperandolo con una disposizione in virtù della quale, quando l'autorità giudiziaria lo creda bisognevole, può ordinare la comparizione dei periti all'udienza per dare schiarimenti verbali (art. 269). Il sistema ginevrino, illustrato colla solita lucidezza dal Bellot (1) è, secondo noi, preferibile. Non è già possibile sempre che i periti diano le loro risposte verbalmente, nè sempre può tornare utile; ma il magistrato dovrebbe essere libero di ordinare la relazione scritta o verbale, a seconda delle circostanze. Questo è il sistema adottato di recente anche dal legislatore austriaco (§ 357).

376. I periti devono redigere la loro relazione (art. 264), che sarà una sola, qualunque il loro numero, giacchè unica è la prova; e poichè quel che si vuole da loro è un consulto o parere, esprimeranno anzitutto quello che raccoglie il suffragio della maggioranza, spiegandone i motivi. Ma tenuto conto dell'importanza che può avere per il giudice,

(1) *Exposé des motifs*, tit. XVI.

Digitized by Google

in relazione all'indole speciale della prova, il conoscere e valutare le opinioni dei dissenzienti, è ordinato che anche di queste si espongano i motivi nella relazione. È proibito però accennare quali periti professino un'opinione e quali una diversa, per evitare che la deferenza, la simpatia od altro elemento meno puro, influisca sull'animo del giudice (art. cit., capoverso primo). Al contrario il nuovo regolamento austriaco (§ 361) stabilisce che, nel caso di discordia, ciascun perito debba dichiarare e motivare separatamente la propria opinione. Forse tale disposizione è più ragionevole, non potendosi interdire al giudice di avere stima maggiore della scienza o della incorruttibilità di uno piuttosto che di altri periti, specie nei casi in cui non ebbe parte nella loro nomina.

È risaputo che la prova per periti riesce in molti casi assai dispendiosa. Per evitare che vi si aggiunga l'aggravio di spese di lusso, si è stabilito che non possano i periti corredare le loro relazioni di piani o di tipi, se non ne sia data autorizzazione nel provvedimento che ammette la prova, o se, anche posteriormente, non vi acconsentano le parti (articolo citato, capov. secondo).

I periti presentano la relazione, nel termine assegnato o prorogato, al cancelliere dell'autorità giudiziaria innanzi alla quale hanno prestato il giuramento. Ed alla presenza di lui la firmano, o in caso che non sappiano scrivere la confermano dietro lettura che ne dà loro il cancelliere stesso. Del deposito ed eventualmente della lettura e conferma, il cancelliere stende processo verbale che rimane annesso alla relazione (art. 265 e 266).

Essendo la perizia opera di professionista o di artista, nell'esercizio speciale della sua professione od arte, deve essere rimunerata. L'onorario è tassato dal presidente del tribunale in margine al processo verbale di deposito della relazione. I periti hanno azione pel pagamento verso la parte che ha chiesta la prova, o verso tutti gli interessati *in solidum*, se essa *sia stato ordinata d'uffizio* (art. 267).

377. La disposizione ora citata ha una certa importanza giacchè il suo linguaggio si presta a sostenere la tesi che una prova peritale possa sempre essere ordinata *anche d'uffizio* (1). E questo principio sembra a noi di una perfetta ragionevolezza, in riguardo sempre all'indole ed allo scopo di questo mezzo istruttorio. Laonde crediamo si debba ammetterlo. Potrebbe intendersi però che la perizia *ordinata d'uffizio*, di cui parla l'art. 267 sia quella soltanto prevista nell'arti-

(1) In realtà l'art. 267 è la traduzione dell'art. 319 del codice francese Ed il codice francese ammette che si possa ordinare d'uffizio la perizia, come la prova testimoniale, l'interrogatorio, ecc.

Digitized by Google

colo 269; la *nuova perizia*, cioè, che i magistrati hanno facoltà di ordinare, quando quella eseguita sembri loro tanto oscura da non poter essere completata neppure con schiarimenti dati per iscritto, ovvero oralmente all'udienza. Ma non ci sembra che vi sia un nesso così necessario fra i due testi da escludere, come principio generale, la facoltà nei giudici di ordinare d'uffizio anche una *prima perizia*, quando loro sembri utile.

377 *bis*. Una importante osservazione è da aggiungere a proposito dell'art. 269. Si disputa *quante volte* il magistrato possa ordinare la rinnovazione di una perizia, nel caso che non trovi nella relazione elementi sufficienti per decidere la controversia. Con superficialissima trattazione dell'argomento, alcuni commentatori esprimono l'avviso che, non solo una seconda, ma anche *una terza perizia* possa essere ordinata. E la corte di cassazione di Firenze adottò questa soluzione, credendo bastante, per corroborarla, il vecchio ditterio: *ubi lex voluit dixit* (1). Veramente questo sistema di argomentazione è erroneo e pericoloso. Erroneo, giacchè l'art. 269 autorizza il giudice a ordinare *una nuova perizia*, e non già *nuove perizie* in genere; dunque il legislatore *dixit*. Pericoloso, ancora, servendo esso a giustificare non solo l'ammissione di una terza perizia, ma anche quella di una quarta, di una quinta, e così all'infinito. L'ordine di una nuova perizia implica una proroga dei termini d'istruttoria; e si sa che la seconda proroga (quale si avrebbe con la terza perizia) è in generale vietata. Ma vale la pena di riflettere che la determinazione del numero massimo di *tre perizie* sul medesimo tema, appartiene a metodi giudiziari anteriori alla codificazione francese, i quali conferivano ai periti la qualità vera e propria di giudici, e permettevano l'appello da una perizia come da una sentenza; laonde, dove due gradi di appellazione erano permessi contro le sentenze (come in Piemonte, secondo le antiche costituzioni), era parallelamente ammesso il possibile esperimento di tre perizie successive. Questa origine della opinione da noi combattuta, conferma la censura di superficialità che le abbiamo apposta.

§ 6. Accesso giudiziale.

378. L'accesso giudiziale (*descente sur les lieux*, *ispezione del luogo*, ecc.) è un mezzo di prova che non può essere proprio ed utile se non in quelle liti nelle quali sia ragionevole reputare che la vista del luogo o della cosa per parte del giudice possa rischiarare la causa di una luce assai più opportuna ed efficace di quella che si otterrebbe da una semplice deposizione testimoniale o da una relazione di periti.

(1) Cass. Firenze, 26 aprile 1894, *Giurispr. ital.*, 1894, I, 1, 530.

Digitized by Google

Tuttavia la stessa assunzione d'un esame testimoniale durante la visita sopra luogo, o l'intervento d'un perito che fornisca schiarimenti al giudice, sono ottimi elementi complementari a questo mezzo di prova.

Trattandosi di un atto istruttorio che dee corroborare la convinzione del giudice, o formarla se gliene manchino nella causa i materiali, è ragionevole che possa essere ordinato non solo sopra istanza delle parti ma ben anco d'uffizio (art. 271). Ma un difetto ragguardevole della nostra legge è di avere stabilito che l'accesso giudiziale sia in ogni caso eseguito da un solo giudice (art. cit.). Nè basta che in questo caso sia stata esclusa la delegazione di magistrati estranei al tribunale giudicante; ove si rifletta che il giudice il quale visiterà il luogo, non è certo di concorrere alla decisione della lite si vedrà come sarebbe stato meglio che, sull'esempio del codice ginevrino, del toscano e d'altri, adottato pure recentemente da quello germanico e dall'austriaco, fosse stato concesso di disporre (almeno nei casi più gravi) l'accesso dell'intero collegio. Di tal guisa s'aumenta la possibilità che le impressioni raccolte sul luogo esercitino influenza nella decisione della causa.

379. L'oggetto dell'accesso giudiziale dev'essere determinato nell'ordinanza o sentenza che lo stabilisce. Ben s'intende che basterà una determinazione in via generica, nè sarà poi vietato di estendere quanto occorre le osservazioni e gli accertamenti (art. 275). Se abbiano da assistere periti, si provvede alla loro nomina nelle forme ordinarie. Se sia proposto di sentire testimoni, il giudice delegato all'accesso dee riconoscere l'utilità del loro esame, e qualora lo ammetta verrà eseguito nelle forme ordinarie (art. 272 e 278). Inoltre le parti potranno presentare al giudice nel corso della prova quei documenti di cui loro sembri opportuno che abbia cognizione; finito l'accesso sono restituiti ai producenti perchè se ne valgano in lite, comunicandoli regolarmente ove già non l'abbiano fatto. In casi speciali può esserne dal giudice ordinato l'immediato deposito presso il cancelliere (art. 280).

380. All'esecuzione dell'accesso si provvede nei modi seguenti:

La parte più diligente fa domanda per l'esecuzione, citando l'altra innanzi al giudice delegato. Chi propose la prova (o, se è ordinata d'uffizio, chi ne provoca l'esecuzione) deve anticipare le relative spese sopra ordine del giudice. Fissato da questi il giorno, l'ora ed il luogo dell'accesso, saranno citati a presentarvisi, sopra istanza della parte e dietro ordine del giudice, i periti che abbiano accettata la nomina i quali prestano il giuramento sul luogo stesso. La presenza delle parti non è necessaria e neppur quella dei loro procuratori, perchè il giudice possa eseguire e far eseguire dai periti le indagini ed ispezioni necessarie.

Digitized by Google

I periti deggiono far relazione nelle forme ordinarie su quanto loro è richiesto; potendo, la presentano immediatamente; in caso diverso, il giudice dà le disposizioni relative al termine e al luogo in cui la dovranno presentare. Se egli lo ordina, la relazione sarà corredata di tipi; essa rimane annessa al processo verbale dell'accesso e forma col medesimo un solo atto (art. 273, 274, 275, 276, 277). Meglio sarebbe stato, pei casi più semplici, prescrivere una relazione orale da riassumersi a cura del giudice nel processo verbale.

Se l'accesso non possa essere compiuto in un solo giorno, il giudice lo proroga ad altra giornata, nè occorre che siano fatte altre citazioni alle parti od ai periti. Il processo verbale indica tutte le particolarità dell'accesso, è sottoscritto dalle parti e dai loro procuratori, dai testimoni, dai periti; tutti questi se e quando intervenuti; non che dal giudice e dal cancelliere. Se viene interrotto, lo si sottoscrive ogni volta da tutti i presenti (art. 279 e 281).

381. Come abbiamo deplorato (nota al n. 367) che la nostra legge non ammetta la *perizia a futura memoria*, così dobbiamo dire che sarebbe desiderabile veder disposto dalla medesima che un cittadino possa invocare l'accesso giudiziale per l'accertamento ad effetto probatorio di fatti intorno ai quali forse sorgerà in appresso controversia e che frattanto sono suscettibili di alterazione. Anche questa specie di prova è ammessa dal codice germanico (§ 447) e dal regolamento austriaco (§ 384).

Deve poi essere notato come dai nostri proceduristi in generale si ritenga che non potendo l'accesso venir eseguito se non da un giudice del collegio investito della lite (art. 271), ciò ne renda impossibile l'esecuzione sopra un territorio che non appartenga alla giurisdizione del tribunale. Veramente non v'è un testo preciso di legge che sancisca questo divieto, il quale derivasi dal dettato di Paolo: *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (L. 20, Dig., 2, 1). Il codice germanico (§ 337), previene la difficoltà ammettendo la delegazione del tribunale del luogo dove l'accesso dev'essere eseguito. Sarebbe stata ottima cosa che anche il nostro legislatore avesse prevenute le incertezze su questo punto importantissimo.

Sezione V. — *Controversie sul valore giuridico formale di prove precostituite.*

§ 1. Verificazione delle scritture private.

382. La scrittura privata non fornisce, come l'atto pubblico, una prova assoluta della propria verità estrinseca; ma bensì, giusta la disposizione dell'art. 1320 del codice civile, acquista la fede mede-

Digitized by Google

sima dell'atto pubblico, quando *sia riconosciuta* da colui contro il quale si produce, o sia *legalmente considerata come riconosciuta*. A tutela però di quella credibilità che emerge dall'esistenza di un atto scritto e della spontanea presunzione di verità che l'accompagna (non essendo lecito supporlo *a priori* falso), la legge vuole che la persona contro la quale viene il medesimo prodotto sia obbligata a riconoscere, ovvero a *negare formalmente* il proprio carattere o la propria sottoscrizione; se si tratti del carattere o della sottoscrizione di un terzo, datore od autore a qualunque titolo, l'obbligo sussiste del pari, ma alla *negativa formale* può essere sostituita la semplice dichiarazione *di non conoscerli;* sarebbe incivile per verità che in forza di una sottoscrizione o di una scrittura che non conosciamo, e per virtù della sola affermazione altrui, quello scritto avesse ad obbligarci (art. 1321 cod. cit.).

Le discipline ora dette non si estendono però alle sottoscrizioni contenute in un atto privato *autenticato* (art. 1323 codice citato). La fede del pubblico uffiziale stabilisce la loro verità; e per contraddirla occorrono le forme d'impugnazione ordinate per togliere fede agli atti pubblici, che esamineremo nel paragrafo seguente.

383. Dalle regole di diritto statuente che abbiamo ricordate derivano importanti conseguenze nel diritto processuale. L'*obbligo* di dichiararsi sulla verità o sulla conoscenza della scrittura o sottoscrizione ha per conseguenza (art. 283 cod. proc. civ.) che colui contro il quale è prodotto in giudizio il documento privato, se non comparisca, o se comparendo non risponda, o se rispondendo (vale a dire nella prima comparsa che segue la comunicazione del documento) non neghi formalmente la scrittura attribuitagli, o si astenga dal dichiarare che non conosce quella attribuita ad un terzo, si presume che abbia riconosciuta questa o quella, a norma dei casi, nè può pretendere d'impugnarla più tardi; salvo che fosse stato contumace, nel qual caso il secondo capoverso dell'art. 386 dispone che in qualunque tempo il contumace si presenti in giudizio, anche in via di opposizione o d'appello, può negare o disconoscere la scrittura attribuita a lui od al terzo, purchè lo faccia *nel primo atto* mediante cui effettua la comparizione.

Venendo invece impugnata in tempo utile la scrittura o sottoscrizione, l'art. 1322 del codice civile dichiara che si procederà *alla verificazione giudiziale*. Ed il codice di procedura regola il modo nel quale si eseguisce tale verificazione.

384. Dal che emerge intanto, avanti ogni altra cosa, che il procedimento per verificazione non riguarda che *l'estrinseco* della scrittura privata, mentre per contestare l'esattezza e verità del suo

Digitized by Google

contenuto, per opporne la nullità a causa di errore, violenza, dolo, incapacità, ecc., non v'è mestieri di seguirlo; anzi a questi effetti punto non serve; si tratta di eccezioni da svolgere e ventilare nelle forme ordinarie della discussione.

In secondo luogo appare come la verificazione delle scritture sia un elemento importantissimo quanto delicato dell'istruttoria; ma non un elemento semplice, abbisognando su questo incidente una intera e solenne istruttoria, e una decisione che stabilisca se la scrittura possa o no essere ammessa come mezzo di prova; il che ne fa veramente *un giudizio nel giudizio.*

In terzo luogo, che l'onere della prova della verità della scrittura spetta a colui che la produce; l'altra parte non ha per legge che l'obbligo di riconoscerla od impugnarla; una volta impugnata non riacquista essa autorità se non dopo la verificazione che dee eseguirsi a cura di colui che aspira a valersene. La parte che impugnò lo scritto ha il diritto di ogni convenuto, quello, cioè, di sostenere la propria difesa, opponendo prove a prove, argomenti ad argomenti, per dimostrare che la scrittura non proviene dalla persona a cui si pretende attribuirla.

In quarto luogo, che la verificazione delle scritture può anche formare tema di giudizio isolato; poichè si può avere interesse a far giudicare la verità, od anche la falsità, di uno scritto che stabilisce a nostro riguardo un diritto od una obbligazione, che pel suo tenore ci è di vantaggio o di danno, sia esso nel nostro o nell'altrui possesso. Fra i molti casi di giudizio principale, ossia isolato, per verificazione di scrittura, accenniamo a quello di accertamento od impugnazione dell'autografia d'un testamento olografo, del quale non si può, secondo il parere prevalente e più corretto, disconoscere il carattere di scrittura privata, anche dopo il deposito presso notaio e la regolare pubblicazione.

385. La domanda per verificazione di scrittura, come oggetto di giudizio principale si propone mediante citazione. Come oggetto di giudizio incidentale, mediante comparsa e proposta d'incidente. Nel primo caso se il convenuto riconosca la scrittura (od espressamente o col silenzio) le spese della lite promossa stanno a carico dell'attore (art. 282). Se il convenuto invece la impugni, il procedimento continua in tutto e per tutto colle stesse forme di quello che segue nel caso di verificazione incidentale. Laonde il discorso nostro proseguirà ora considerando entrambe le forme.

386. Dopo l'impugnazione della parte contro cui la scrittura è presentata deve essa essere citata a cura dell'altra parte dinanzi al presidente per la delegazione di un giudice agli atti della veri-

Digitized by Google

ficazione (1). La delegazione del giudice ha luogo per *ordinanza*, se le parti non hanno in proposito dissensi; in caso diverso, per *sentenza* del tribunale (art. 284 capov. secondo).

Davanti al giudice delegato si procede alle prove; dee però in prima essere depositata in cancelleria la scrittura controversa per rimanervi sino al termine della verificazione. Il deposito si eseguisce contemporaneamente alla proposta dell'incidente (art. 284 primo alinea).

Le prove che la legge permette sono i *documenti*, le *perizie*, le *testimonianze* (art. cit.). Non si dee escludere per altro la facoltà di ricorrere all'*interrogatorio* od al *giuramento decisorio*, non ostandovi alcuno espresso divieto.

Rispetto alle prove *istrumentali* e *testimoniali* è da avvertire che potranno essere *dirette* od *indirette;* sarà raro tuttavia il caso di prova istrumentale *diretta;* poichè se è riconosciuta la scrittura in altro documento non impugnato, è quasi impossibile che si pensi a muovere controversia su di essa. La prova per perizia è invece meramente *conghietturale;* si tratta di *perizia calligrafica;* ed ognuno conosce le incertezze e le gravi difficoltà di codesta materia.

In particolare per ciò che riguarda le testimonianze, il primo capoverso dell'articolo 284 dichiara che sono ammissibili solo congiuntamente alla perizia, salvo che questa sia *impossibile*. E la impossibilità non può derivare che dal difetto di *scritture di comparazione* (v. n. 388). La ragione per cui il legislatore ha posto questo limite all'ammissibilità della prova testimoniale, si trova nella somma difficoltà che essa dia risultati appieno convincenti. Sia pure *prova diretta*, vale a dire, attestino i deponenti di aver veduto scrivere o sottoscrivere l'atto, non è men grave il dubbio circa la *identità* di questo, oltre alla diffidenza che in generale ispira quella prova. Peggio poi se è *indiretta:* le circostanze anteriori, concomitanti o posteriori, che rendono credibile la verità della scrittura, per quanto si avvicinino ad essa, non tralasciano mai dall'essere in certo modo *indiziarie* e quindi vaghe, indefinite, discutibilissime.

387. La prova conghietturale è fatta per mezzo di *scritture di comparazione*, e col giudizio di periti eletti d'uffizio dal giudice

(1) La delegazione del giudice può non occorrere quando si appoggi la verificazione soltanto alla dimostrazione risultante da altri *documenti*. Poichè comunicandosi questi prima di chiamare l'avversario avanti il presidente, o nell'udienza incidentale egli si persuaderà di riconoscere vera la scrittura, o se insista ad impugnarla non rimane che di rimettere al tribunale la decisione sulla controversia mediante sentenza ristretta all'incidente, od anche estesa all'esame del merito.

Digitized by Google

delegato, rispetto ai quali sono applicabili le regole ordinarie circa la capacità e la ricusazione (art. 285). Si è discusso se dovesse invocarsi l'opera dei periti, o bastasse lasciare alla prudenza del magistrato di formare le conghietture che gli apparissero più ragionevoli; e sembrò cauto adottare il primo partito, pur dovendosi notare che nemmeno in questo caso l'opinione dei periti vincola l'autorità giudiziaria (art, 270). Il codice germanico, che esclude affatto la prova testimoniale, lascia in facoltà dei giudici di formarsi da soli una convinzione o di sentire l'avviso dei periti (§§ 406 e 407). Così pure il nuovo regolamento austriaco (§§ 314 e 315). Il codice ginevrino riconosce la stessa facoltà nei giudici, ma consente anche le prove testimoniali (art. 250 a 252).

388. Per la prova testimoniale si osservano le regole ordinarie, quanto al modo di proporla e di eseguirla. Soltanto la legge vuole che non si ammettano testimonianze se non in quanto tendono direttamente od indirettamente alla prova della verità della scrittura, e che questa sia presentata a ciascun testimonio perchè la sottoscriva, facendosi cenno della sottoscrizione o del rifiuto nel processo verbale della prova (art. 294). Ma la prova per periti richiedeva norme speciali, a cui è consecrato il maggior numero delle disposizioni date dal nostro codice sull'argomento di cui ci occupiamo.

È invero manifesto che essa ha bisogno di un punto d'appoggio ben determinato. A nessun perito si può chiedere che dica se una determinata scrittura è di mano di Tizio o d'altri, se non gli sia offerto insieme il raffronto di essa con altra scrittura di Tizio, sulla verità della quale non cada veruna controversia. Onde è che la prova per perizia è possibile solo quando si abbiano *scritture di comparazione;* e il giudice che ordina la perizia, deve contemporaneamente designare quali documenti serviranno a questo effetto (art. 285).

Le parti possono accordarsi nella scelta delle scritture di comparazione ed allora il còmpito del giudice è di gran lunga semplificato. Se non s'accordino, il giudice sulla proposta di una di loro o d'uffizio, sceglierà siffatte scritture tra i documenti che appartengano ad alcuna delle categorie indicate nell'art. 286; e cioè: 1° firme apposte ad atti seguìti davanti notaro od altro uffiziale pubblico; — 2° carte firmate in qualità di uffiziale pubblico da colui del quale devesi verificare la scrittura; — 3° scritture o firme private della persona stessa, quando però sieno riconosciute *attualmente,* non bastando il riconoscimento espresso o tacito e nemmeno la giudiziale verificazione fattane in altri casi antecedenti; — 4° la parte riconosciuta o non negata della scrittura medesima da verificarsi.

Digitized by Google

389. Ad eccezione dell'ultima, le indicate specie di scritture di comparazione possono trovarsi presso i depositari pubblici od altre persone. Nel primo caso devesi distinguere secondo che il trasporto dal luogo di deposito sia permesso o vietato. Se è permesso, il giudice delegato può ordinare che le medesime siano trasportate nel luogo dove si eseguisce la verificazione, ed ivi presentate a cura del depositario. Il quale però, prima di levarle dal luogo di deposito deve farne copia esatta, che sarà verificata sull'originale dal giudice procedente o da un giudice delegato da lui (se l'uffizio di deposito sia fuori della sua giurisdizione). Questa copia, insieme ad un processo verbale constatante l'asporto dell'originale e la causa di esso, è custodita in sua sostituzione, sino a che venga rimesso alla propria sede; e in caso di bisogno serve pel rilascio di copie del documento a chi ne abbisogni. Del processo verbale rimane annessa una copia all'originale. Se occorre poi, il giudice ha facoltà di ordinare che questo rimanga custodito presso il cancelliere del tribunale, il quale ne diventa responsabile, per tutto il tempo che ne fa bisogno. Il depositario ha diritto al rimborso di tutte le spese pel proprio trasferimento, e pel ritorno, se del caso, onde ritirare il documento, non che per la compilazione della copia e del processo verbale. Esse sono liquidate dal giudice e soddisfatte dalla parte che ha chiesta la verificazione (art. 288 e 289). Al depositario che non si presti a quanto sopra, può essere applicata una pena pecuniaria estendibile a lire cinquecento.

Se il trasporto è vietato, il giudice si trasferisce nel luogo dove esiste il deposito, accompagnato dal cancelliere e dai periti, i quali alla presenza del depositario, esaminano il documento. Va da sè, che se l'esame dovesse durare più giornate o più sedute, alla fine di ciascheduna il depositario lo ritira per ripresentarlo all'aprirsi della successiva (art. citati).

390. Quando si tratti di documenti che sono posseduti da un privato, la legge sanziona l'obbligo della presentazione dietro ordine del giudice. È questo un obbligo strettamente analogo a quello di far testimonianza; e pertanto ci sembra che non si debba estenderlo a carico della persona contro cui si opera la verificazione. Essa invece potrà essere obbligata altrimenti a fornire una scrittura di comparazione, come vedremo nel numero seguente.

Pei terzi a cui è ordinata la presentazione delle scritture di comparazione, la legge (art. 287, primo capov.) dichiara che vi possono essere obbligati *nelle vie ordinarie*. Ciò significa che in caso di renitenza potranno venir citati in giudizio e condannati alla presentazione mediante sentenza, suscettibile ben anco della esecuzione forzata per

Digitized by Google

consegna di cosa mobile. Ma in ogni modo, giusta il citato testo, soggiacciono all'obbligo del risarcimento dei danni.

391. Le scritture di comparazione possono mancare od essere insufficienti. A questo difetto è possibile riparare se la scrittura controversa è attribuita alla parte che la impugna, e questa sia in grado di scrivere. Allora, se essa è presente, il giudice può ordinare che scriva sotto la sua dettatura; se non è presente, può fissare un giorno ed un'ora in cui sia tenuta a presentarsi per tale scopo. Se la parte ricusa di scrivere o non si presenta malgrado la regolare notificazione dell'ordinanza, e non giustifica un legittimo impedimento a scrivere od a presentarsi, la scrittura *si può dichiarare come riconosciuta* (art. 290). Sebbene grave, questa conseguenza non dee apparire ingiusta, tanto più che il legislatore ha usata la cautela di lasciare il giudizio sul riconoscimento alla *discrezione* dell'autorità giudiziaria, la quale apprezzando tutte le circostanze, potrà anche astenersi dal pronunziarlo.

392. Circa l'esecuzione della perizia è disposto che le parti le quali abbiano presenziato il giuramento dei periti e la consegna ad essi delle carte di confronto, debbano ritirarsi, facendo prima quelle istanze od osservazioni che reputino di loro interesse e che saranno inserite nel processo verbale (art. 291). I periti a lor volta procedono nei lavori necessari per la verificazione, tutti insieme, nel locale della cancelleria, alla presenza del giudice o del cancelliere, salvo che la perizia sia eseguita nel luogo dove si trova custodita la scrittura di comparazione; dovendo rimandare ad altri giorni la continuazione del procedimento, si uniformeranno alle indicazioni del giudice o del cancelliere (art. 292). La loro relazione, stesa e presentata colle norme consuete, rimane annessa al processo verbale della procedura (art. 293).

393. Esaurite tutte le prove, le parti dovranno discutere sulle loro risultanze innanzi al tribunale, onde provocare la sentenza che accerti la verità o la non verità della scrittura o della firma controversa. Reputò il nostro legislatore che fosse da considerare atto colpevole quello di colui che ha negata la propria firma, se invece emerga dalle prove la verità della medesima. E tanto per infliggere una pena a simile colpa, come per distogliere da così gravi, eccezioni a mero scopo tergiversatorio, impose (articolo 295) che colui il quale ha negata la propria scrittura riconosciuta poi per vera sia condannato ad una multa da lire centocinquanta a lire cinquecento, alla rifusione delle spese ed al risarcimento dei danni. Sulla *multa*, che è una pena in tutto il rigore della parola, non possiamo esprimerci in senso favorevole. Il cod. francese (art. 213) l'ammette nella misura

Digitized by Google

fissa di lire centocinquanta; nè il ginevrino, nè il germanico ne fanno parola. Sembra a noi che potendo sempre rimanere un dubbio sulla serietà dei motivi che hanno consigliata l'impugnativa, sarebbe più equo prescindere da questa sorta di repressione. Tutt'al più si potrebbe riconoscere ispirata da un giusto criterio la disposizione del nuovo regolamento austriaco (§ 313), che ordina l'applicazione di una pena pecuniaria alla parte che abbia contestata *temerariamente* l'autenticità del documento. Al quale effetto si andrebbe anche con la disposizione dell'art. 370 (1° alinea) del nostro codice, che al legislatore non parve sufficiente.

§ 2. Querela di falso.

394. A rendere più sacra la fede dei documenti pubblici, le alterazioni che nei medesimi siano commesse, contro il vero del quale servono a somministrare irrefragabile testimonianza, sono considerate e punite come reati. Nel mentre la falsità degli atti pubblici forma oggetto, per questo riguardo, di disposizioni della legge penale, non può la legge di procedura civile trascurare l'importante argomento, che entra pure di necessità nella sfera delle sue discipline. Infatti, quando sia prodotto nel giudizio civile un istromento pubblico, e la parte contro cui se ne vuole trar partito lo impugni come falso, dovrebbe tantosto cessare il magistrato civile da ogni ingerenza nella questione, per deferirne l'istruttoria e la decisione a quello penale. Quando ciò si ammettesse senza restrizioni, non sarebbero meno necessarie alcune norme intese a regolare il trapasso da una all'altra giurisdizione. Ma il principio non può essere accolto nella sua interezza. L'accusa di falsità di un documento forma materia utile di un giudizio penale quando si tratti di scoprire e punire l'autore del falso. Suppongasi che la lite verta ed il documento si usi fra due persone, nessuna delle quali possa essere colpevole del reato; supponga si accertata la morte già avvenuta del reo; a qual pro sospendere in queste ipotesi il giudizio civile? non sarà più opportuno che le indagini dirette ad accertare la falsità si svolgano per via incidentale nel giudizio stesso, ad opera e sotto la diretta vigilanza delle parti, interessate ad appurare il vero e ad accelerare la decisione? D'altronde è noto che vi sono certi casi in cui il falso *intellettuale* od *ideologico* non costituisce reato, ma è effetto d'errore, d'ignoranza, d'una negligenza più o meno grave, ma non dolosa; anche in queste ipotesi il giudizio sulla falsità sarà proprio della sede civile assai meglio che della penale. — Infine, appena sorge la questione di falsità d'un documento in giudizio civile, è egli certo che sia fondata la grave accusa? Prima di deferire la ricerca del reo e la punizione del

Digitized by Google

delitto al giudice competente, non è forse opportuno di accertare con serie indagini preliminari se siavi davvero un reato ed un colpevole?

Questa è la genesi logica dell'istituto del *falso incidente civile*, cioè di quella procedura incidentale che si effettua dinanzi al magistrato civile, per accertare o smentire la falsità di un pubblico documento che è stato prodotto in una controversia perchè vi serva di prova e che dalla parte contraria è impugnato come falso.

Avvertasi poi, a completamento di queste prime nozioni, che, se la falsità in documento pubblico è ordinariamente il tema di un reato, lo è pure, sebbene con qualche attenuazione dei criteri repressivi, la falsità commessa in un atto o scritto privato. Pertanto, l'istituto del falso incidente civile fu, per analogia, applicato anche al caso della impugnazione d'una scrittura privata, quando non basti negarne l'autografia, ma si voglia o si debba dimostrarne la falsificazione.

395. Ma allargando la sfera di quei medesimi concetti da cui ebbe vita l'istituto processuale del *falso incidente civile*, o la *querela incidentale di falso*, il legislatore italiano, andò più in là del francese e degli imitatori suoi. Esso considerava che la questione sul falso, in quanto è tema di una disputa in sede civile, si dirige veramente *contro l'atto*, non *contro il colpevole*, tende ad ottenere l'*invalidamento di quello*, non la *punizione di questo*. Siffattamente distinti essendo i due obbiettivi, ed il primo ben potendo sussistere, come notammo, senza che il secondo sia neppure proponibile, gli parve destituito di logica il limitare la funzione della querela di falso civile al caso di trattazione *incidentale* in una lite vertente. Al pari della verificazione d'una scrittura privata, la dimostrazione della falsità d'un documento può interessare un cittadino, prima ed indipendentemente da qualunque controversia in cui avvenga di farne uso. E però, con felice pensiero, invece di riservare alla sola giurisdizione penale la querela principale di falso, ossia la trattazione *in giudizio autonomo* della relativa controversia, il nostro legislatore statuì nell'art. 296 che la querela di falso si può proporre in giudizio civile, sia come *oggetto principale* della causa, sia *incidentalmente* nel corso di essa.

396. Le cose dette spiegano ormai abbastanza chiaramente come la giurisdizione civile debba cedere il passo a quella penale, quando vi sia un reato da giudicare ed i colpevoli possano essere puniti. Imperocchè, in questa ipotesi, se si lasciasse esaurire *prima* il giudizio di falso civile, per invalidare il documento, e se ne intraprendesse *successivamente* uno penale per infliggere ai rei le pene che meritano, verrebbe a prodursi un dualismo inutile se non pernicioso. Il che vale per intendere la regola stabilita nell'art. 308: « Quando risultino dal procedimento sufficienti indizi di falso, *se gli autori o*

Digitized by Google

complici siano viventi, e l'azione penale *non sia estinta*, l'autorità giudiziaria ordina che si proceda a norma del codice di procedura penale, rilasciando, se ne sia il caso, mandato di cattura ». Per effetto di questa deliberazione *la causa civile è sospesa*, sino a che siasi pronunziato definitivamente nel giudizio penale, salvo che l'autorità giudiziaria creda che la causa o alcun capo di essa possa essere deciso, *indipendentemente dal documento impugnato*. Non poteva poi essere conteso alla parte di provocare essa medesima l'intervento e l'uffizio del magistrato penale. Nel quale caso, se cioè il querelante converta la sua istanza da *civile* in *penale*, il giudizio civile rimane sospeso, salvo quanto è espresso nella seconda parte del citato articolo 308 (art. 317).

397. Non è inutile, a maggiore svolgimento di questi rapidi cenni, esaminare le differenze che passano fra il giudizio penale di falso e quello civile.

Sulle diversità *sostanziali* non occorre altro discorso: il giudizio civile si dirige *contro il documento;* il penale *contro l'autore* e nel tempo stesso per necessità contro il documento che è la materia del reato. Onde il secondo ha un'ampiezza maggiore del primo. Quanto alle diversità processuali, giova distinguere. La *dichiarazione di falsità*, sia pronunciata in sede penale od in sede civile, e lo sia qui in via d'incidente od in via principale, consegue sempre *l'identico effetto* nei riguardi del documento; essa lo invalida o lo modifica, in tutto od in parte, secondo che sia parziale o totale la falsità riconosciuta (v. n. 399); opera *in confronto di tutti*, interessati o non interessati, partecipi o non partecipi nel giudizio, poichè si risolve nella proclamazione di un fatto delittuoso e in un provvedimento repressivo d'ordine pubblico; infine, vincola posteriormente i magistrati in qualunque altra sede e grado di giudizio, sì che il giudice penale non potrà discutere della falsità pronunziata irrevocabilmente da quello civile ma solo della responsabilità dell'accusato; e il giudice civile non potrà ripudiare la dichiarazione di falsità che risulti da una regiudicata penale.

Non è lo stesso della *dichiarazione di verità*. In giudizio penale può essere stata dichiarata la *inesistenza del reato di falso*, che è quanto dire *la verità del documento*, o riconosciuta la *non imputabilità della persona accusata*, od infine semplicemente ritenuta la *mancanza di prove*, a carico dell'accusato. Nel secondo e nel terzo caso la questione *obbiettiva* della falsità rimane impregiudicata e non sarà vietato di riproporla, vuoi in sede civile o vuoi in sede penale. Nel primo invece, la solennità del giudizio penale, condotto nell'interesse generale della società, con tutta l'ampiezza e libertà d'indagini che

Digitized by Google

al giudice istruttore ed al pubblico ministero sono concedute, obbliga a ritenere che nulla sia stato trascurato di quanto doveva essere veduto, analizzato, discusso. E perciò la *dichiarazione di verità* difende per l'avvenire il documento dal pericolo di qualunque attacco, da parte di qualsivoglia persona; ben inteso, quando non si tratti di attacco, sia pure per titolo di falsità, ma essenzialmente diverso da quello su cui venne dal giudice penale sentenziato, giacchè in tale ipotesi, non solo ad un giudizio civile, ma anche ad un nuovo giudizio penale potrebbesi far luogo. Ma la *dichiarazione di verità* o la *reiezione della querela* in sede civile, non può essere apprezzata alla medesima stregua. La discussione si è agitata fra due privati; ciascuno di loro ha addotte le prove che reputò più opportune per la difesa del proprio assunto; il magistrato non ebbe facoltà di pronunziare se non *sopra i risultati di quelle prove.* Egli adunque respingendo la querela, o dichiarando vero il documento, ha statuito in sostanza che le prove offertegli *non furono sufficienti a dimostrare la falsità.* Se fra i due contendenti questa decisione impedirà in perpetuo che si riproponga la medesima disputa, poichè *fra loro* esiste l'autorità della regiudicata, essa non potrà similmente impedire che altri proponga in diversa sede la querela, per gli stessi o per differenti motivi, somministrandone serie ed acconce prove e facendo venire in luce quella falsità che il primo querelante non aveva saputo dimostrare.

398. I principii regolatori della materia sono pertanto tre:

1° La sentenza che dichiara falso un documento fa stato contro chiunque, sia essa proferita in giudizio penale o civile (principale od incidentale);

2° La sentenza proferita in sede penale che dichiara inesistente il reato di falso fa pure stato contro chiunque;

3° La sentenza civile (in sede principale od incidentale) che pronunzia il rigetto della querela e quindi ritiene la verità del documento impugnato di falso, fa stato solo fra le parti che discussero nel giudizio.

Il capoverso dell'art. 296 dispone che la querela di falso si può proporre quantunque il documento sia stato riconosciuto per vero dalle parti, eccettuato soltanto il caso in cui la verità del medesimo sia stata dichiarata *per sentenza irrevocabile in giudizio di falso civile o penale.* Interpretando questo testo noi sappiamo ora che la sentenza civile irrevocabile che può impedire la querela di falso è soltanto quella che sia stata proferita fra le stesse parti, od in altri termini quella che costituisce nello stretto ed ordinario senso *eccezione di regiudicata* contro la domanda. Ma l'importanza del testo non consiste già nel dichiarare che l'autorità della cosa giudicata è

Digitized by Google

da rispettare anche in questo caso; codesta sarebbe ripetizione inutile di una regola comune di diritto. Ciò che il legislatore ha voluto in particolare significare è che cotale valore di regiudicata spetta parimenti alla sentenza civile, che decide sulla querela di falso, quando sia emanata in sede *principale* come quando lo sia in sede *incidentale*, laonde chi fosse rimasto vinto nell'*incidente di falso*, non potrebbe riproporre la querela contro il medesimo avversario e per gli stessi motivi, in via p*rincipale*. Ed è questo un principio tanto esatto quanto fecondo di interessantissime conseguenze.

399. Della sua esattezza mal potrebbe dubitare chi ripensi essere l'*incidente* di falso una vera e propria controversia che viene istruita da sè, con mezzi affatto indipendenti dal giudizio principale a cui si innesta, e che riceve la propria soluzione mediante una sentenza la quale è *interlocutoria* quanto alla lite principale, ma *definitiva* quanto alla questione di falsità. Tutti gli atti — ad eccezione del modo d'introdurre la domanda — procedono nel falso incidentale e nel principale colle medesime regole e nell'uguale forma; nè possono concepirsi diverse nei due casi le sentenze; sì che assai esattamente l'art. 310 chiama *sentenza definitiva sul falso* quella che chiude l'una o l'altra specie di contraddittorio. E questa sentenza, posto che dichiari la falsità, deve contenere, in entrambe le ipotesi, uguali disposizioni. Avvegnachè, giusta l'articolo 309 essa ordina, a norma dei casi, la *soppressione*, la *cancellazione parziale* o *totale*, la *riforma* ovvero la *rinnovazione* dei documenti dichiarati falsi. Qui cade in acconcio un richiamo al principio stabilito poc'anzi (n. 397). È evidente che queste deliberazioni di *cancellare*, *sopprimere*, *rinnovare* un documento, non possono serbare ristretto l'effetto loro nei rapporti fra i soli litiganti, ma si imporranno eziandio a chi voglia per l'avvenire far uso del documento. La volontà del legislatore è dunque conforme alla dottrina da noi esposta che cioè la *dichiarazione di falsità*, emessa in giudizio civile od in giudizio penale, fa sempre stato *adversus omnes*. Che se di tale verità (per ciò che concerne il giudizio civile) occorresse una ulteriore dimostrazione, questa sarebbe data dall'art. 494 n. 2 del cod. di proc. che ammette l'istanza di rivocazione anche quando la sentenza sia stata pronunziata su documenti che la parte ignorava fossero stati dichiarati falsi prima della sentenza stessa. Siccome qui la legge non distingue fra la dichiarazione di falsità proferita in sede civile e quella emessa dal giudice penale, si deve ritenere che contempli indifferentemente entrambe le ipotesi. Ma per ignorare legalmente una pronunzia civile, qualunque essa sia, bisogna non avere avuta la qualità di parte nel giudizio in cui essa venne proferita. Dunque per l'art. 494 n. 2 è posto

Digitized by Google

fuori di dubbio che ai terzi giova e nuoce, a norma dei casi, la dichiarazione di falsità di un documento, risulti essa da sentenza penale o civile, e in quest'ultima ipotesi senza distinzione fra quella proferita in giudizio principale e quella occasionata da un giudizio incidentale.

400. Le conseguenze della parificazione di effetti tra il giudizio principale e l'incidentale, riflettono in via precipua la *competenza* alla quale è devoluto il secondo.

La domanda per *dichiarazione di falsità* di un documento, è certamente, quanto al *valore*, di competenza del tribunale, poichè la dichiarazione, se ottengasi, produrrà effetto *adversus omnes*, e il valore della causa resta perciò indeterminato (art. 81). Di guisa che l'*azione principale* di falso deve indubitabilmente essere proposta al *tribunale*. Ma lo stesso debb'essere dell'*azione incidentale*, dal momento che questa non serba rigorosamente verso la causa in cui si produce, *le proporzioni di mezzo a fine*, ma da esse esorbitando, tende necessariamente, per la propria natura, a promuovere una sentenza capace di estendere i suoi effetti fuori e al di là del giudizio che le ha data origine. La competenza per la querela incidentale di falso si determina adunque dalla natura propria della questione, non dal principio che il giudice dell'azione è giudice della eccezione. Laonde, sorto l'incidente, esso si separa dalla lite principale e deve essere trattato a sè come lite autonoma, innanzi al giudizio competente, ch'è il tribunale civile. Nella causa principale si terrà poi il debito conto degli effetti della sentenza definitiva resa sul falso. E ciò stante, non v'è ragione nè bisogno che il giudizio principale *segua* l'incidentale e si trasporti con esso al tribunale civile; basta che subisca quella ragionevole sospensione che gli permetterà di annettersi l'elemento istruttorio richiesto al suo perfezionamento.

Riesce con questi ragionamenti giustificata nel modo più persuasivo la convenienza delle regole processuali già altrove accennate (n. 139), per le quali la cognizione dell'incidente di falso è rimessa al tribunale, quando insorga in una lite promossa avanti un pretore (art. 431), od un conciliatore (art. 455). Il trovare la loro ragione soltanto nel fatto che presso le menzionate magistrature non esiste uffizio di pubblico ministero (sì che non si potrebbe far luogo all'ingerimento suo nella procedura, prescritto dai testi qui oltre indicati) è affatto empirico; la vera ragione scientifica è più intima e di ben maggior peso. Confidiamo di averla chiarita.

401. In giudizio d'appello può essere proposto l'incidente di falso; e può esserlo perfino in cassazione, poichè l'art. 297 dispone potersi il detto incidente promuovere *in qualunque stato o grado*

Digitized by Google

della causa. Ora, se si promuova in appello, molti pensano che lo debba risolvere il giudice d'appello, per la ragione che trattasi semplicemente di portare nella lite *un nuovo mezzo di prova*, secondo la previsione dell'art. 490. Le nostre premesse ci dettano un diverso avviso. Quel che diventa mezzo di prova nel giudizio pendente è *la sentenza* che si pronunzierà sul falso; ma il procedimento necessario ad ottenerla, sia pure incidentale, non perde mai la sua essenza di controversia autonoma. La sentenza nel mentre fornirà una prova nella lite pendente, avrà forza di giudicato per accertare il falso contro tutti, nell'avvenire. Non monta pertanto che l'occasione di discutere sovra la falsità siasi presentata in grado d'appello, od anche (il che dal nostro punto di vista è indifferente) in cassazione. La controversia autonoma sul falso deve essere circondata di tutte le consuete guarentigie giudiziarie, se si vuole che la sentenza con cui viene decisa consegua legittimamente i suoi effetti. Per il che, *in qualunque grado si trovi la causa*, quando l'incidente di falsità viene proposto, deve il giudizio sul medesimo essere rimesso al tribunale civile *in primo grado d'istanza*, salvo il diritto di appellazione ed ogni altro rimedio di legge contro la sentenza. Nè ci si obbietti che il codice non contiene questa regola; non vi si trova neppur detto dove e come si discuta l'incidente di falso sorto in cassazione. Siamo dunque in presenza di un punto che per non essere espressamente regolato dalla legge, deve risolversi secondo i principii della scienza ed in armonia ai criteri fondamentali da cui scorgesi partito il legislatore.

Agli accennati criteri furono uniformate anche le disposizioni processuali relative all'esercizio della giustizia amministrativa, che pure riserbarono ai tribunali la esclusiva competenza a conoscere delle questioni di falsità di documenti insorgenti innanzi la IV sezione del consiglio di stato e le giunte provinciali amministrative (art. 26 del regolamento approvato con r. d. 17 ottobre 1889, e art. 27 del regolamento approvato con r. decreto 4 giugno 1891).

402. Prima di spiegare le norme processuali della materia aggiungiamo un'altra osservazione. La querela di falso serve tanto per impugnare la materialità del documento pubblico, p. es., quando si affermi esservi state introdotte alterazioni, come per impugnarne la verità intrinseca, cioè quando si contesti che dall'uffiziale pubblico od alla presenza sua siano state eseguite o dette le cose o dichiarazioni che esso attesta. Ma se si vuol soltanto impugnare la verità sostanziale delle circostanze dedotte nell'atto, senza contraddire quella delle attestazioni dell'uffiziale pubblico, non occorre querela di falso. Così essa non è richiesta per sostenere la simulazione

Digitized by Google

di un atto o contratto, o la frode intesa fra le parti ai danni di un terzo, ecc. In simili casi procedesi coi mezzi di prova ordinari, poichè l'atto in sè, cioè a dire, in quanto è opera di pubblico uffiziale, non viene nella sua fede attaccato.

403. Per proporre la querela *incidentale* di falso, la parte contro cui fu comunicato in giudizio il documento, deve mediante comparsa *interpellare* l'altra, *se voglia o no servirsene*, con protesta che, in caso affermativo, *proporrà la querela di falso* (art. 298). Attesa la gravità del procedimento e delle conseguenze ch'esso può implicare, è molto opportuna questa forma d'intimazione solenne che preludia al suo iniziamento. La comparsa accennata è atto di procuratore.

La parte interpellata è libera di *non rispondere;* il suo silenzio equivale a dichiarazione di non volersi servire del documento. Se però, invitata a ponderare, essa risolve per un motivo qualunque di *non servirsi del documento*, dovrà dichiararlo mediante comparsa. La qual comparsa vuole l'art. 299 che sia firmata dalla parte, a meno che il procuratore venga munito di mandato speciale per sottoscriverla. Il che s'intende anche pel caso in cui l'interpellato voglia rispondere *affermativamente.*

Se sia fatta dichiarazione *negativa*, il documento s'intende, rispetto alla lite pendente *rigettato*, cioè da non più tenervisi in conto, sia totalmente o sia nella parte che formò oggetto d'impugnativa. L'interpellante è tuttavia autorizzato a trarre dal documento stesso e dal contegno dell'avversario *le induzioni che creda utili;* inoltre ha diritto di far domanda per quei danni che reputi potergli essere dovuti, a norma delle circostanze e in quanto ne dia sufficiente giustificazione (art. 300).

Data dall'interpellato risposta *affermativa*, o mantenutosi egli in silenzio, l'interpellante è libero di agire come crede. Può desistere dal tradurre in atto la minacciata querela; nè subisce alcuna conseguenza per ciò. Se persista invece nel suo divisamento, la propone, dando così iniziamento effettivo al giudizio di falso.

404. Le forme del *giudizio principale* di falsità non sono differenti se non in una parte della fase preparatoria accennata. Chi voglia promuoverlo citerà in giudizio l'avversario e coll'atto stesso di citazione gli farà l'interpellanza di cui all'art. 298, offrendo in comunicazione il documento. Il convenuto, nella comparsa di risposta, firmata da lui o dal procuratore munito di speciale mandato, farà la sua dichiarazione. E se questa sia *negativa*, l'attore potrà promuovere sentenza che riconosca *rigettato* fra essi contendenti il documento, e pronunci come di ragione sui danni e sulle spese. Se sia

Digitized by Google

affermativa, o se non venga data risposta, l'attore propone la querela.

405. L'atto con cui la querela viene proposta, base di tutto il successivo giudizio, è senza dubbio assai serio ed importante. Perciò qui pure è prescritto l'intervento personale del querelante, od il rilascio di un mandato speciale al procuratore. Consiste la querela di falso in una dichiarazione ricevuta dal cancelliere mediante erezione di apposito processo verbale, nella quale oltre che manifestare la generica volontà di impugnare il documento, si dovranno esprimere i *motivi* pei quali lo si impugna. Questi *motivi* sono precisamente la indicazione delle circostanze e delle ragioni di fatto per le quali l'atto si reputa e si vuol dimostrare falso; così sarà un motivo della querela l'affermare che non fu data lettura di un istrumento notarile malgrado esso ne contenga la dichiarazione; o che non fu numerato e consegnato il danaro, sebbene il notaio attesti essere ciò stato fatto alla di lui presenza, ecc. Onde si comprende che i *motivi* della falsità non sono da confondersi colle *prove* della medesima, le quali trovano nei motivi il loro fondamento e al tempo medesimo la delimitazione del loro obbiettivo.

Redatta e firmata la querela, e depositata il documento impugnato, o la sua copia, presso il cancelliere, questi è tenuto a presentare l'atto dentro ventiquattr'ore al presidente, il quale con decreto appiedi del medesimo, delega un giudice per procedere all'istruzione. Copia della querela e del decreto viene fatta notificare all'altra parte a cura del querelante (art. 301).

406. Dopo di che, la parte più diligente chiamerà l'altra innanzi il giudice delegato, per far ordinare anzitutto, ove ne sia d'uopo, che si depositi in giudizio l'originale del documento impugnato. Il deposito e il trasporto, si effettueranno colle regole stabilite per le scritture di comparazione (art. 302). È manifesto che tale misura si connette strettamente allo scopo del giudizio che può risolversi nella soppressione o modificazione del documento originale il quale frattanto sta bene sia posto in sicura custodia presso l'autorità giudiziaria. Il deposito, quando abbia luogo, si fa alla presenza del giudice delegato ed in contesto delle parti, col concorso anche del ministero pubblico, erigendosi processo verbale all'effetto di accertarne l'identità e lo stato e di descriverlo esattamente. Se quando fu proposta la querela venne già depositato l'originale, o se il deposito ne sia impossibile, la citazione preaccennata innanzi il giudice delegato ha per iscopo di procedere alla identificazione dell'originale stesso, o in sua mancanza della copia depositata dal querelante, mercè il processo verbale preindicato (art. 303, 304).

Digitized by Google

407. Nel medesimo processo verbale, il giudice delegato (pronunziando una ordinanza) deve prefiggere (art. 304):

1° il *termine perentorio* in cui il querelante dovrà dedurre (mediante comparsa notificata nelle forme ordinarie) le *prove* della falsità;

2° il *termine successivo* nel quale (con altra comparsa) l'avversario dovrà rispondere;

3° l'*udienza* nella quale dinanzi al tribunale, colle modalità di una controversia incidentale, le parti discuteranno sull'*ammissione* dei *motivi* e delle *prove* del falso.

Si può dubitare che in questa parte la organizzazione del procedimento non sia molto felice. Sembra infatti che nella specialità di questa materia la delegazione del giudice dovrebbe avere uno scopo assai serio; quello di confidare al senno ed alla avvedutezza d'un magistrato le redini dell'importante affare, investendolo di poteri, se non identici, almeno analoghi a quelli di un giudice istruttore. Invece è una delegazione non punto dissimile dalle altre della istruttoria civile; e la legge non ebbe nemmeno cura di garantire che il giudice delegato prenda parte alle deliberazioni collegiali che nel corso del procedimento possono occorrere.

Torniamo all'analisi dei testi. L'assegnazione di un termine *perentorio* al querelante per dedurre le prove, parve necessaria onde assicurare che tutto il giudizio sia dominato costantemente dal pensiero della gravità della questione che vi si dibatte. Il giudice misurerà il termine secondo criteri di prudenza; una volta fissato è però improrogabile e la sua decorrenza fa decadere dalla querela. Circa il termine per rispondere, il codice francese (art. 230) dichiara questo pure perentorio, nel senso che dopo il suo compimento, possa il querelante chiedere che il documento si abbia per *rigettato* nei rapporti fra le parti. Ma veramente il sistema del codice francese è diverso dal nostro; poichè i due termini sono dati non per dedurre le prove ma per far conoscere i *motivi* del falso e per rispondervi. Del resto il nostro legislatore non dichiara perentorio questo termine di risposta, nè possiamo noi per tale ritenerlo. La *risposta* più che ad altro potrà servire al resistente alla querela per proporre le prove a difesa della verità del documento che egli reputi opportune. S'intende che per confutare la prova testimoniale offerta dal querelante l'avversario conserva sempre il diritto di valersi della prova contraria, nelle forme e nei termini ordinari.

408. Il tribunale deve sentenziare sull'ammissibilità dei *motivi* e delle *prove*. Non basta qui il consenso dei litiganti; occorre che l'autorità giudiziaria verifichi essa se vi ha fondamento nella que-

Digitized by Google

rela e se l'istruttoria è avviata in modo concludente e legale. Al primo scopo volgesi appunto la decisione sui *motivi* del falso, nel senso cioè, che essa deve esaminare se, *supposta la verità di quei motivi*, si dovrebbe dire falso il documento in conformità della querela. Il còmpito del tribunale in questo stadio non si può estendere tuttavia ad esaminare altre questioni; così sarebbe intempestivo discutere se, data la falsità del documento, il diritto di chi lo produsse rimanga intatto ugualmente; era ben libera la parte che avesse ciò creduto, di astenersi dall'usare quel documento, prima che fosse iniziato il giudizio di falso. Sarebbe del pari fuor di luogo discutere in questa sede se il riconoscimento della falsità *parziale* per cui il titolo sia impugnato, potrebbe, verificandosi, condurre o no a doverne sanzionare la nullità, o la inefficacia, nel senso che esso potesse, nella eventualità, sorreggersi ugualmente malgrado l'eliminazione delle parti che diconsi false; la discussione sulla sussistenza della falsità, non può essere sfuggita sotto il pretesto di considerazioni estranee alla controversia, e che saranno esaminate più opportunamente nella sede del giudizio definitivo. Invero, data anche la bontà di quella tesi, non si può negare l'interesse della parte querelante a fare riconoscere e ricostruire lo stato genuino del documento.

I motivi di una querela possono essere parecchi. A norma delle circostanze ed a scopo di semplificare ed abbreviare possibilmente il giudizio, è data facoltà al tribunale di ammetterne taluni, tenendo sospesa la decisione sugli altri sin dopo la prova degli ammessi. Potrà così rendersi superflua la ulteriore istruttoria. Nel tempo stesso è questa una eccellente precauzione per ottenere talvolta dalle prime indagini il sussidio di una luce opportuna per rendere più sicure le deliberazioni successive (art. 305), compresa quella del rinvio alla giurisdizione penale.

409. La legge non dice quali mezzi di prova possano essere usati; noi dobbiamo osservare soltanto che il giuramento decisorio incontrerebbe ostacolo nell'art. 1364 del codice civile, se si deducessero in esso circostanze rivelatrici di un atto delittuoso del giurante. Del resto il codice non sottopone a discipline speciali che la prova per testimoni e quella per periti.

Dovendosi esaminare testimoni, si seguono le regole ordinarie; ad essi sono presentati i documenti impugnati e le carte di comparazione, in quanto occorra, facendosene menzione nel processo verbale. Se qualche teste, nell'atto di deporre presenta documenti, vengono i medesimi annessi al processo verbale, per rimanere a disposizione dell'autorità giudiziaria sino a giudizio compiuto; la loro restituzione, finita la procedura, è ordinata dal presidente sopra

Digitized by Google

domanda dell'interessato; il cancelliere però ne estrae prima una copia e la conserva negli atti (art. 306).

La prova peritale è eseguita nelle forme stesse indicate per la verificazione delle scritture comunicandosi ai periti insieme al documento impugnato e agli altri atti necessari, anche le carte che fossero state presentate dai testimoni (art. 307).

410. Esaurite le prove si discute innanzi al collegio sopra i loro risultati; l'art. 318 dichiara che nella discussione sarà sempre sentito il ministero pubblico, ma questo precetto è da ritenere abrogato (forse per svista o dimenticanza) in virtù della legge 28 novembre 1875.

Le disposizioni che deve contenere *la sentenza definitiva* sul falso (articolo 309), nel caso che ne riconosca conseguita la prova, furono già indicate (n. 399). L'articolo 309 soggiunge però che *l'esecuzione* della sentenza deve rimanere sospesa finchè sia scaduto il termine per l'appello, per la rivocazione o per il ricorso in cassazione, o finchè la parte soccombente abbia espressamente accettata la sentenza. È chiara la convenienza di attendere che si renda irrevocabile la decisione. A noi pare anzi che in questa materia, così attinente all'interesse pubblico, sarebbe stato ragionevole di escludere l'efficacia della semplice acquiescenza.

Colla sentenza che decide sul falso si provvede per la restituzione a chi v'ha diritto delle carte di comparazione ed anche del documento impugnato, quando ne sia stata esclusa la falsità (art. 310); il che pure deve essere eseguito solo dopo divenuta irrevocabile la decisione (art. 311). In quanto al documento che sia dichiarato falso, l'esecuzione dei provvedimenti ordinati nella sentenza definitiva sarà fatta nel modo che essa avrà indicato; è da ritenere come norma ad ogni modo, ed anche pel caso di silenzio della sentenza, la disposizione dell'art. 705 del codice di procedura penale. Si farà quindi un processo verbale, coll'intervento del giudice delegato. Se il documento debba essere soppresso lo si distruggerà, dando conto nel processo verbale del modo in cui vi sia proceduto; se debba essere in tutto od in parte cancellato, saranno sul documento eseguite le cancellazioni, menzionandole nel verbale, e così via. La legge non dice neppure quale sia la sorte del documento riconosciuto falso, dopo la esecuzione della sentenza. Se ne ha luogo la soppressione non v'è altro da cercare; se no, crediamo, in relazione al citato testo del codice di rito penale, di dover distinguere: trattandosi di documento esistente già prima in un pubblico deposito, lo si ricollocherà nella sua sede, nel nuovo stato in cui si trova ridotto, unendovi il processo verbale d'esecuzione della sentenza; trattandosi di altro documento

Digitized by Google

dovrà serbarlo in custodia il cancelliere, unendolo pur sempre al detto processo verbale.

411. Per circondare il giudizio di falso di guarentigie migliori, è fatto divieto ai cancellieri di rilasciare copia dei documenti impugnati, a chicchessia, senza un decreto del presidente. La contravvenzione a questo divieto, come pure la esecuzione data prima dei termini fissati alle disposizioni degli art. 309, 310 e 311 sono punite colla sospensione del cancelliere per un tempo non minore di un mese nè maggiore d'un anno e con multa estendibile a lire trecento oltre i danni verso le parti, e le maggiori conseguenze penali che potessero essere del caso (art. 312, 313).

412. Come pel procedimento di verificazione di scritture, anche per questo stabilisce la legge una pena contro il querelante che soccombe. Egli, non solo deve risarcire all'altra parte i danni (e le spese), ma è condannato ad una multa di lire cinquecento, dalla quale però lo salva la dichiarazione, anche parziale, di falsità che gli riuscisse di conseguire (art. 314). Ripetiamo doversi in generale disapprovare la multa; tanto più per non essere escluso in via assoluta, dalla soccombenza del querelante, che il documento sia falso, e possa venir riconosciuto per tale in appresso, mercè più accurata istruttoria di altra querela.

L'applicazione delle pene, in questo e nei casi indicati al numero precedente deve essere promossa dal pubblico ministero (art. 315).

413. La questione di falso, come *controversia civile*, è suscettiva di *transazione* fra le parti. Ma poichè la falsità dell'atto pregiudica l'interesse pubblico e può essere tema di un giudizio penale, così il legislatore volle evitare il pericolo che una transazione faccia scomparire le tracce e le prove del reato che l'autorità ha il dovere di accertare e punire. Quindi prescrisse nell'art. 316 che le transazioni nei giudizi di falso in via civile non possono eseguirsi se non siano *omologate* in giudizio, sentito il pubblico ministero. Trattandosi di atto da compiersi coi riti della *giurisdizione volontaria*, questa ingerenza del pubblico ministero non si può ritenere colpita dalla legge del 28 novembre 1875.

§ 3. Rendimento di conti.

414. Abbiamo conservato la denominazione usata dalla legge; ma precisamente, ciò di cui dobbiamo qui brevemente parlare, più che il modo in cui si rende un conto, è quello nel quale lo si discute. Ripetiamo l'avvertenza che un giudizio può anche avere per suo oggetto esclusivo il rendimento e l'approvazione d'un conto, ovvero codesto essere invece il seguito di un giudizio già compiuto, vale a

Digitized by Google

dire l'esecuzione o parte dell'esecuzione d'una sentenza. Ma spesso la discussione d'un conto appartiene al periodo istruttorio di una lite, nella quale il conto approvato funzionerà poi come elemento probatorio. Ciò non esclude che possa anche in questa ipotesi effettuarsi il rendiconto in esecuzione di una sentenza interlocutoria che lo avesse ordinato risolvendo una preliminare controversia tra le parti.

Del rimanente, le disposizioni che andiamo ad analizzare comprendono tutti i casi; e senza dubbio, insieme agli altri, quello in cui, pur non essendo preceduta controversia, la persona che tenne un'amministrazione od una contabilità di qualunque genere, voglia, a proprio discarico, ottenere l'approvazione del conto relativo, nelle vie giudiziali. Esse sono applicabili inoltre, per dichiarazione dell'art. 328, anche alle liquidazioni di frutti che occorresse di eseguire in forma giudiziale.

415. È naturale che chi rende il conto sia tenuto ad unirvi i documenti giustificativi (art. 319). Siccome però non sempre è possibile, specialmente in un'amministrazione lunga e complessa, come sarebbe quella d'un tutore, ecc., avere documenti giustificativi di ogni spesa, il rigore del principio generale è temperato dall'art. 324, colla facoltà che esso lascia ai giudici di ammettere come giustificate le partite per le quali *non si può* o *non si suole* riportare ricevuta, quando sieno *verosimili e ragionevoli*. A maggior cautela, se lo reputa necessario, il magistrato può d'uffizio imporre a chi rende il conto di asseverare la verità delle partite non documentate mediante giuramento. Codesta prova potrà essere utile quando si tratti di giustificare spese il cui complesso riesca di un certo rilievo; ad ogni modo di essa dispone il magistrato con discrezione sovrana.

416. Circa la forma di compilazione del conto, salve le particolari esigenze di ogni singolo caso, la legge dà alcune regole direttive, le quali dovranno essere osservate sempre, almeno nelle parti di cui è possibile l'osservanza. Esse non mirano che ad assicurare la maggiore chiarezza del conto ed a facilitarne la discussione. È stabilito pertanto (art. 320) che il conto contenga in tante distinte parti: 1° lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto; 2° le partite dell'esatto; 3° quelle dello speso; 4° i residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi; 5° un riepilogo finale. Per le spese di compilazione e rendimento del conto può essere accordata a chi lo presenta una indennità (art. 395).

Il conto, coi documenti giustificativi (ai quali nelle singole partite si dovrà fare opportuno richiamo), viene depositato in cancelleria; del deposito si darà comunicazione alla controparte, mediante comparsa, se vi è lite pendente, o con semplice atto d'usciere negli

Digitized by Google

altri casi. Quando dalle cifre esposte risulti che l'*esatto* eccede lo *speso*, la parte a cui è reso il conto, senza perdere il diritto di discuterlo, può senz'altro far citare il presentatore del conto davanti il presidente del tribunale, per ottenere ingiunzione di pagamento dell'eccedenza. L'ordinanza ha effetto di sentenza spedita in forma esecutiva, e non si ammette reclamo contro di essa (art. 321). Il che tutto è perfettamente ragionevole; risulta dal conto la confessione del debito da parte di colui che lo presenta; egli dunque paghi ciò di cui si confessa debitore; non per questo il conto si può intendere approvato (art. citato).

417. Siavi o non siavi stato questo provvedimento preliminare, la parte che vuole impugnare il conto proporrà con comparsa o con atto di usciere le sue osservazioni, specificando le partite controverse, e citerà l'altra a comparire innanzi al presidente per la delegazione di un giudice (art. 322) innanzi al quale avverrà poi la discussione. Il giudice delegato fa erigere processo verbale di tutte le osservazioni e interpone i suoi autorevoli uffizi perchè seguano fra le parti gli schiarimenti e le rettificazioni che possono essere opportuni. Se gli riesca di porle d'accordo, approva il conto nelle risultanze che emergono dalla discussione ed ordina a chi di ragione il pagamento delle somme e la consegna degli oggetti di cui sia caso. La sua ordinanza essendo suggello di una convenzione delle parti è pur essa irreclamabile ed immediatamente esecutiva (art. 323).

Se l'accordo non riesca, il giudice rimette le parti a udienza fissa del tribunale con le solite forme dei procedimenti incidentali, e le controversie sono decise con sentenza (art. cit.).

La legge non spiega (art. 326, capoverso) come si provvederà chi ha presentato il conto, nel caso che l'avversario si mantenga in silenzio; e nemmeno assegna un termine dalla presentazione del conto per elevare su di esso contestazioni. È una grave lacuna. Giova ritenere per altro che chi rende il conto, trascorsi quindici giorni dalla notificazione del deposito in cancelleria, potrà citare l'avversario innanzi il presidente perchè quivi si dichiari; nel qual caso, o il conto sarà consensualmente approvato ed il presidente stesso emetterà ordinanza di approvazione; in caso diverso, procederà alla nomina del giudice delegato e si farà luogo agli altri incumbenti suindicati.

418. Se il conto si debba rendere in esecuzione di sentenza od ordinanza che abbia assegnato un termine per presentarlo, il codice, affinchè l'obbligato non manchi di osservarlo, autorizza il magistrato, una volta trascorso il termine, ad ammettere chi ha chiesto il rendiconto a determinare la somma dovutagli. Questa determinazione potrà

Digitized by Google

essere fatta col mezzo di tutte le prove che sieno a disposizione della parte istante, ed anco, in difetto di altre, per mezzo di giuramento estimatorio da deferirsi a mente dell'art. 1377 del cod. civile (art. 326). Il termine assegnato non è però da ritenere improrogabile; e concorrendo giusti motivi, sarà lecito a chi deve rendere il conto di ottenere congrue dilazioni.

419. Una volta compiuta la discussione e approvato consensualmente o giudizialmente il conto, non può per verun pretesto rinnovarsi il procedimento, ossia chiedersi la *revisione* del conto; si applica anche qui la regola: *non bis in idem.* Ma se dopo l'approvazione vengono in luce errori, omissioni, falsità o duplicazioni di partite, potrà l'interessato proporre in giudizio *distintamente*, ossia in modo specifico, quella domanda che a norma di diritto è conseguente alla rettifica del punto viziato. Tali domande non sarebbero proponibili quando si trattasse di questioni già discusse prima dell'approvazione del conto (art. 327).

Digitized by Google

TITOLO III.

PROCEDIMENTO SOMMARIO IN MATERIA CIVILE

420. Se imprendessimo ad esaminare i metodi coi quali le varie legislazioni cercarono di eliminare, nei casi urgenti ed in quelli di più pronta trattazione, le inevitabili dilazioni del processo formale, il nostro discorso dovrebbe assumere proporzioni troppo estese. Nè ce ne potremmo ripromettere gran frutto, giacchè se il nostro codice, fra gli ultimi venuti, ha creduto di non acconciarsi per intero ad alcuno dei sistemi già sperimentati, fu perchè in tutti rilevavansi vizi ed insufficienze a cui neppure la buona volontà del legislatore italiano fu bastante per mettere riparo. Quanto alle legislazioni più recenti, o non introdussero novità degne di nota speciale, o mancano tuttavia del controllo della applicazione sperimentale, il solo che possa fornire elementi a sicuri giudizi.

Che il procedimento formale sia *troppo grave* per le controversie più semplici, è agevole comprenderlo. I termini da rispettarsi in esso, anche quando niuno scambio di comparse venga tra le parti effettuato, sono tali da dilazionare sempre di parecchie settimane la ultimazione del litigio. Se i riti che abbiamo imparato a conoscere nel titolo precedente sono eminentemente appropriati alle cause che hanno d'uopo d'orale istruttoria o d'altre discussioni incidentali, è certo desiderabile una maggiore semplicità e sollecitudine allorchè non ve ne sia bisogno. Molte legislazioni, rendendo omaggio a questo concetto, hanno cercato di corrispondervi dando nelle cause più semplici il sopravvento alla discussione orale sopra quella scritta. E questo tentò il nostro codice pure, con le sue discipline del procedimento sommario.

421. Una enorme difficoltà è anzitutto quella, date le due forme di procedimento, di stabilire quali cause si tratteranno a rito sommario. Poco felice è da tutti riconosciuta la soluzione che riceve il problema nell'articolo 389 del codice, ma ancora meno, per uni-

Digitized by Google

versale giudizio, lo sarebbero quelle proposte nel maggior numero dei progetti di riforma a cui più indietro accennammo. Pare ragionevole il confermarsi nell'opinione che migliore sistema sarebbe quello di iniziare tutte le cause ad un modo uniforme, salvo di far seguire alla loro istruttoria un cammino diverso secondo che le circostanze della causa e il modo di contestazione da parte del convenuto indicassero. Nè questo sarebbe un'assoluta novità, potendosene trovar esempio in varie legislazioni, fra le quali va annoverata la recentissima riforma processuale austriaca; ma di certo esigerebbe radicali innovazioni nel sistema attuale della nostra procedura.

L'articolo 389 dispone che sieno da trattare col procedimento sommario:

1° le domande per provvedimenti conservatorii o interinali;

2° le cause in appello dalle sentenze dei pretori;

3° le altre cause per le quali sia ordinata dalla legge o autorizzata dal presidente la citazione a udienza fissa.

La prima categoria non dà motivo a verun rimarco, poichè la designazione di essa è determinata dall'urgenza, insita nelle domande ivi menzionate. Quanto alla seconda, era opportuno che la legge spiegasse con quale dei due procedimenti ammessi davanti ai tribunali s'abbiano a discutere gli appelli dalle sentenze dei pretori, perchè il procedimento pretoriale ha una fisonomia speciale; e poteva quindi nascere qualche dubbio sull'applicazione della regola ordinaria secondo la quale nel giudizio d'appello si segue il procedimento usato in prima istanza.

Quanto alla terza categoria, tacendo ora dei vari testi del codice nei quali accadrà d'imbatterci, che prescrivono di trattare questa o quella controversia *a udienza fissa*, e rammentando che, con una disposizione di dubbia bontà, l'art. 10 della legge sul contenzioso amministrativo (20 marzo 1865, alleg. *E*) impone tale forma per tutte le cause tra privati e pubbliche amministrazioni, diremo qualche parola sulla facoltà accordata al presidente. L'articolo 154 del codice, in quella stessa disposizione che pone in facoltà del presidente di abbreviare il termine di comparizione, lo autorizza a permettere la trattazione in via sommaria, *nei casi che richiedono pronta spedizione*. Sembra chiaro da questa espressione, che la legge non ha in vista se non *l'urgenza* della causa; e che il solo fatto di presentarsi essa abbastanza semplice da non far prevedere il bisogno di lunga e complicata istruttoria, non sarebbe sufficiente motivo per l'esercizio del potere presidenziale. Tuttavia, in pratica, il desiderio *di pronta spedizione* essendo facilmente giustificabile per qualunque sorta di domanda, come quello che è qualcosa di meno assoluto e determinato della

Digitized by Google

vera e propria *urgenza*, si è potuto far servire la disposizione dell'articolo 154 a rendere il numero delle cause sommarie infinitamente superiore a quello delle formali; in altre parole, presso i nostri tribunali si stabilì la generale consuetudine di invocare l'esercizio della facoltà presidenziale quasi per ogni giudizio civile; nè i presidenti resistettero a siffatta tendenza del foro, così che è rarissimo il caso in cui ricusino l'autorizzazione a citare il convenuto a udienza fissa. Per tal guisa, il procedimento *ordinario* della legge è oggi in realtà *eccezionale*. Abbiamo già detto al n. 237 come si provochi il decreto del presidente.

422. Nelle cause sommarie la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa (art. 155, capov. 4°). La forma della citazione è in tutto uguale a quella per le cause formali; ma invece di assegnare un numero di giorni entro il quale comparire, essa prefigge per la comparizione d'entrambe le parti un giorno d'udienza, il quale sia lontano dal giorno della notificazione quanto basta per rispettare il termine legale (v. n. 230). Del pari, invece di offrire la comunicazione dei documenti mediante deposito in cancelleria, l'offerta s'intende fatta per il giorno dell'udienza.

È all'udienza che si effettua la contestazione della lite. E solo allo scopo che la causa possa essere chiamata all'udienza se ne deve effettuare, prima del giorno ad essa destinato, l'iscrizione al ruolo di spedizione, dal quale il cancelliere la estrae immediatamente per portarla, secondo l'ordine dell'iscrizione, sul ruolo dell'udienza. Alla udienza, poi quando la causa viene chiamata, il procuratore dell'attore si costituisce consegnando al cancelliere il mandato e l'atto di dichiarazione di residenza o dichiarazione od elezione di domicilio, se questa non fu fatta nella citazione o non è contenuta nel mandato. Di tali atti, il cancelliere prende nota nel foglio d'udienza e li restituisce tosto al producente. Nello stesso modo si fa contemporaneamente la costituzione di procuratore pel convenuto (art. 390).

Dopo queste formalità i procuratori si comunicano, o meglio si scambiano da mano a mano, le rispettive comparse conclusionali e si offrono la reciproca ispezione dei documenti di cui intendono valersi. Segue tosto la discussione orale, in cui la relazione è fatta dai procuratori nelle forme indicate al n. 266. Non ha mai luogo la nomina preventiva di un giudice relatore, poichè prima dell'udienza non vi sarebbero atti o documenti da sottoporre al di lui studio; ma il tribunale potrebbe sospendere la discussione e deliberarne la nomina, come nel citato numero si è detto (art. 390, capov. secondo).

Finita la discussione si consegnano gli atti al cancelliere, il quale appone la sua firma in fine delle comparse conclusionali, e fa menzione delle *postille* che vi esistono (art. cit., capov. terzo).

Digitized by Google

423. Questi cenni fanno comprendere subito il vizio capitale del procedimento in discorso: le parti possono all'udienza introdurre nel giudizio tutte le ragioni di fatto e di diritto e i mezzi di prova che a rispettiva difesa credono giovevoli; quindi ciascuna di esse corre il pericolo di trovarsi impreparata alle sorprese che l'abilità dell'avversario le riserbi. Un documento nuovo, una asserzione di fatto, una prova orale, sul cui contenuto od oggetto il procuratore non può chiedere dilucidazioni al cliente, creano presto un imbarazzo di non lieve momento. Anche in linea di diritto, ciascuno dei difensori può trovarsi di fronte a questioni nuove, ad eccezioni non prevedute; e se non abbia abbastanza pronta l'intelligenza e la parola, adempirà meno bene il suo ministero e forse l'interesse al di lui patrocinio affidato ne riceverà grande danno. Le comparse conclusionali, dovendo essere predisposte prima dell'udienza, non possono contenere una completa trattazione della causa; ecco perchè la legge prevede e permette che vi si aggiungano *postille;* ma queste, dovendo essere compilate durante l'udienza o subito dopo la discussione, vengono stese necessariamente in tutta fretta, e spesso non valgono a colmare in modo adeguato le lacune.

Si provvede in buona parte ad ovviare simili inconvenienti col concordare fra i procuratori opportuni rinvii, nel cui intervallo si fa luogo in forma amichevole alla comunicazione dei documenti; ma è una pratica in gran parte extra-legale e perciò non costituisce regolare e costante garanzia; d'altronde all'udienza possono sempre essere aggiunti documenti nuovi, essere proposte istanze ed eccezioni non prevedute; onde talvolta è paralizzata l'utilità dei rinvii, od è reso necessario, per equa tutela di ciascun litigante accordarne uno ulteriore, interrompendo la già incominciata discussione. In molti tribunali si supplisce anche al completamento delle difese col frequente uso delle *note* posteriori alla discussione della causa, che però hanno l'inconveniente di essere una forma di atto procedurale inorganica, mancando di vera e propria disciplina legislativa (1).

---

(1) Le *postille* sono parte integrante della comparsa conclusionale; perciò possono contenere istanze, conclusioni ed eccezioni aggiunte nel corso della discussione orale; le *note* sono semplicemente appendici alla motivazione della comparsa suddetta; perciò esse non possono servire che ad un più ampio svolgimento della discussione, senza modificarne in senso estensivo il tema; quindi non possono essere nelle medesime dedotte nuove istanze, conclusioni od eccezioni, a meno che si indichi con queste la ragione di un provvedimento che il magistrato sarebbe obbligato a emettere d'uffizio; poichè in tale ipotesi l'esservi o non esservi domanda di parte è indifferente. Dal punto di vista dello *ius condendum*, si può far voto perchè nel procedi-

Digitized by Google

424. Peggio poi se una parte proponga una prova orale; l'ammissione non può averne luogo che *mediante sentenza*, anche se l'avversario non vi si opponga; ecco una fonte di perditempi e di spese che rende il rito sommario più oneroso in taluni casi del formale. E maggiori complicazioni sorgeranno quando la controversia dia occasione a querela di falso ovvero a domanda per verificazione di scritture, o per chiamata di garanti, o per intervento di terzo. Tutte le istanze relative agli incidenti predetti deggionsi proporre *all'udienza*. Ma è ben chiaro che il trattarne ed esaurirle colle norme del procedimento sommario riesce affatto impossibile; salvo per l'intervento e la chiamata in garantìa quando non diano luogo a contestazione alcuna; nel qual caso un rinvio concordato all'udienza agevolerà la esecuzione degli atti relativi.

Vero è che per questo riguardo l'articolo 391 offre una certa facilitazione, statuendo che l'autorità giudiziaria può ordinare, se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa, che essa sia proseguita a rito formale. Ma anche a tale effetto occorre una sentenza. Solo quando le parti siano d'accordo per tramutare il rito, e lo dichiarino all'udienza, può la mutazione essere stabilita con ordinanza presidenziale (art. cit.). Intanto però saranno state inutili la spesa e la fatica di compilare le comparse conclusionali; si sarà sciupato forse in rinvii un tempo che sarebbe stato più che sufficiente a far avanzare l'istruttoria di molti passi, se la causa fosse stata iniziata in via formale. Di più, ordinato il cambiamento di rito, tutte le pratiche d'istruzione dovranno essere riprese *ab initio*, dal punto cioè della costituzione dei procuratori, solo atto che rimanga salvo ed efficace, insieme alla citazione.

425. Secondo l'art. 392, il procedimento sommario, nelle parti non espressamente regolate dalle disposizioni che esaminammo, prende norma da quelle del rito formale *in quanto siano applicabili*. Conseguentemente, quando sia ammessa una prova, l'esaurimento di essa seguirà nelle forme che già conosciamo; la discussione sul merito tornerà poi al tribunale a udienza fissa dopo esaurita la prova. È chiaro però, che se si tratti di procedere ad una verificazione di scritture, o di conoscere di una querela incidentale di falso, converrà sempre che la causa sia rimessa a proseguire col rito formale, onde possano adempiersi le prescrizioni della legge relative a quei procedimenti istruttorii.

---

mento sommario questi atti supplementari della discussione ricevano una completa disciplina legislativa, mentre nei riguardi del procedimento formale è piuttosto desiderabile che non siano permessi (v. n. 269).

Digitized by Google

426. Se una causa sia stata iniziata a rito sommario senza che concorresse alcuna delle condizioni richieste dalle legge, il convenuto potrà accettarne la discussione in questa forma, o chiederne la rimessione al rito formale. Ma la citazione non sarà nulla, poichè non si trova nel codice una simile comminatoria (art. 145), nè si ha violazione di alcuna forma essenziale (1). Non essendo caso di nullità, la eccezione concernente il rito non può essere elevata d'uffizio neppure in contumacia del convenuto, dovendosi intendere in senso stretto la regola dell'articolo 192.

Similmente non è caso di nullità il promuovere in via formale una causa d'indole sommaria. In questo caso il convenuto che non accetti questa forma di discussione ha facoltà di ottenere il ritorno al rito legale, sia citando egli l'attore a udienza fissa, in luogo di costituire il proprio procuratore, o sia provocando la conversione mediante domanda incidentale, dopo la costituzione.

427. Le istanze incidentali nelle cause sommarie sono sempre trattate in unione al merito, salvo che le parti si accordino per discuterne isolatamente. È una indeclinabile conseguenza dell'organizzazione data a questo procedimento.

Qui cade in acconcio di ricordare la essenziale differenza che passa fra il rito sommario comune e la trattazione degli incidenti a udienza fissa. Il n. 1 dell'articolo 184 ammette che la relazione della causa incidentale possa essere fatta da un giudice; ed è a questo scopo che nel n. 4 si accenna ad un termine anteriore all'udienza per la notificazione delle comparse conclusionali. Intendendo a tutto rigore il linguaggio della legge esso stabilisce con queste disposizioni che all'udienza la causa incidentale si debba presentare già completamente discussa *per iscritto*, sì che nessuna istanza od eccezione nuova, niun nuovo documento possa quivi prodursi. E non sembrandoci lecito di alterare coll'interpretazione il chiaro senso dei testi, ripetiamo che la discussione degli incidenti a *udienza fissa* non è discussione di una *causa sommaria;* e tanto meno lo è la discussione anche del merito, che vi sia stata congiunta a sensi dell'art. 181 (vedi nn. 281 e 286).

---

(1) Non sarà neppure ammissibile la domanda di *assoluzione dall'osservanza del giudizio*, poichè basta un provvedimento ordinario semplicissimo per ristabilire la forma legale di procedimento e non sarebbe giusto invalidare per via indiretta l'effetto della citazione.

Digitized by Google

TITOLO IV.

PROCEDIMENTO DAVANTI I TRIBUNALI NELLE CAUSE COMMERCIALI

428. La distinzione tra il rito formale ed il sommario, era comune, secondo l'articolo 155 del codice di procedura, alle cause da trattarsi innanzi ai tribunali civili ed a quelli di commercio (designandosi con tal nome anche i tribunali civili che facevano le veci di commerciali) ed era disciplinata dalle medesime regole; infatti, mentre con una serie di disposizioni (art. 393 a 410) si regolava il procedimento formale davanti i tribunali di commercio, era poi stabilito (art. 411) che presso di essi il procedimento sommario si osservasse nei casi indicati dall'art. 389 (vedi n. 421); e seguivano (art. 412 e 414) brevi discipline speciali a riguardo del medesimo.

Il codice di commercio del 1882 non poteva a meno di tenere in considerazione il grave e generale lamento sovra questa parte della nostra legislazione processuale; e reputando da un lato di uniformarla meglio alle esigenze delle controversie mercantili, dall'altro mirando forse a segnare il primo passo positivo verso una riforma completa, dispose nell'art. 876: « In tutte le cause commerciali il termine per comparire è regolato dalle disposizioni dell'art. 147 del codice di procedura (v. n. 233) e può essere abbreviato giusta il successivo articolo 154 (v. n. 238). — Nelle cause stesse si osserva il procedimento sommario anche davanti ai tribunali, salva la facoltà concessa dall'articolo 413 del codice stesso ». Il quale articolo 413 suona nei seguenti termini: « Quantunque il giudizio sia cominciato col procedimento sommario, il tribunale può ordinare che si prosegua in via formale se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa ».

Sopraggiunta nel 1888 la legge di abolizione dei tribunali di commercio, rimasero però in vigore le menzionate disposizioni procedurali del codice di commercio, per essere applicate nelle cause commerciali dinanzi ai tribunali civili.

Digitized by Google

429. Pertanto, di regola, il procedimento delle cause commerciali è il sommario; ed esse non devono mai essere promosse a rito formale; ma solo può venire ordinato il proseguimento in questa via. Sebbene l'articolo 413 non ripeta la disposizione dell'articolo 391 rispetto al caso di accordo delle parti, tuttavia non v'ha dubbio che, questo verificandosi, possa essere provveduto al tramutamento mediante ordinanza del presidente. Come pure è certo che iniziata col rito formale una causa, le parti, d'accordo, possono proseguirne la trattazione a questo modo, nè vi ha, in qualsiasi ipotesi, titolo di nullità contro la citazione.

A dire in breve del procedimento nelle cause commerciali, rileveremo le differenze che passano fra esso e quello delle cause civili da cui prende norma (art. 410 e 414).

430. La citazione deve contenere la elezione o dichiarazione di domicilio dell'attore nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria adìta, come dispone l'art. 393 applicabile per questa parte anche alla citazione in via sommaria (v. n. 207). Il convenuto, comparendo alla udienza, deve fare uguale elezione o dichiarazione di domicilio (articoli 394 e 412). Le parti non hanno bisogno del ministero di procuratore; ma se lo costituiscono sono tenute a munirlo di mandato, il quale però, a deroga di quel che dispone l'articolo 48, può essere steso in forma privata, in fine dell'atto di citazione (dell'originale per l'attore, e della copia notificata pel convenuto); il cancelliere prende nota dei mandati nel foglio d'udienza (art. 395 e 412). La causa si discute, se in via sommaria, nelle medesime forme delle cause civili; se è rimessa alla via formale, vi ha differenza nei termini; poichè l'intervallo per lo scambio delle comparse è di giorni *cinque* solamente, ed ugualmente ridotti sono i termini per la comparsa successiva alla iscrizione a ruolo e per la risposta dell'iscrivente non che per la notificazione delle comparse conclusionali; fra l'estrazione dal ruolo e l'udienza di discussione basta che intercedano tre giorni; il termine per la restituzione dei documenti nel caso di comunicazione a più di due parti o procuratori è di dieci giorni (art. 388); infine il termine minimo per la comparizione avanti il presidente o il giudice delegato quando si promuova un incidente è di un giorno (art. 399). Non si fa luogo mai a relazione di giudice, nella discussione della causa (art. 400).

431. Ma più notevoli sono le differenze relative all'istruttoria. Le prove che sono ammissibili nelle cause civili lo sono anche nelle commerciali, nella estensione stabilita dal codice di commercio. Oltre a ciò, l'art. 401 pone accanto all'interrogatorio la *comparizione personale delle parti*, all'udienza, od in camera di consiglio, od al cospetto

Digitized by Google

di un giudice delegato, che può essere ordinata anche d'uffizio, e che non richiede una preventiva determinazione specifica delle circostanze o dei punti su cui le parti dovranno essere interpellate. Ottimo provvedimento, che potrebbe essere germe di un istituto processuale assai più importante (v. n. 332). In quanto alla prova testimoniale, non sono imposte in materia commerciale le restrizioni stabilite per le cause civili dall'articolo 1341 del codice civile; ma il magistrato *può* sempre ammetterle; vale a dire che l'esame delle circostanze che rendono, non *legale*, ma *opportuna*, l'ammissione della prova, è affidato alla di lui prudenza in modo discrezionale.

È poi aggiunta una procedura istruttoria speciale che può sostituire in certi casi rendimento di conti e insieme la perizia. Vogliamo accennare alla disposizione dell'art. 402 secondo la quale, quando si tratti di esaminare conti, scritture e registri (il che molto spesso nelle cause commerciali si verifica), si procede alla nomina di uno o tre arbitri conciliatori, con incarico di sentire le parti, tentare di conciliarle, e se ciò non riesca, dare al tribunale il loro parere. La utilità di questo istituto non ha bisogno di essere dimostrata. Si avverta però che il nome di *arbitri* è poco appropriato, non appartenendo a questa specie di periti veruna funzione giurisdizionale. Quando non ottengano la conciliazione delle parti, deggiono presentare al tribunale una relazione contenente il loro parere, coi motivi che lo determinano e con tutte le informazioni necessarie; essa viene depositata nelle forme prescritte per le perizie ordinarie (art. 404). La nomina degli arbitri conciliatori è fatta per accordo delle parti, ovvero d'uffizio; ed è ammessa la loro ricusazione per i motivi stessi per cui si fa luogo a quella dei periti (art. 403). La legge non li sottopone alla formalità del giuramento che è da tenere per essi esclusa. A codesto mezzo di istruttoria si può far luogo sia per proposta di parte, nelle forme incidentali ordinarie, sia per provvedimento d'uffizio del tribunale (1).

432. Un altro mezzo di prova, proprio in particolare delle cause commerciali è l'esame dei libri di commercio. Il codice di commercio dispone nell'articolo 27 che la *comunicazione* dei libri, degli inventari, ecc., non può essere ordinata in giudizio che per affari di successioni, di società, di fallimenti o comunione di beni, quando insomma vi sia positiva ragione la quale faccia tacere il normale diritto di ogni cittadino che altri non prenda conoscenza intima della generalità dei suoi affari od interessi. Ma è concesso dall'art. 28, che nel

(1) Non è da escludere in modo assoluto la nomina di arbitri conciliatori in liti civili; ma è da ritenere che non possa aver luogo in esse se non consenzienti tutte le parti.

Digitized by Google

corso di una controversia, ancorchè non relativa agli oggetti indicati, possa ordinarsi, ad istanza di parte o d'uffizio, la *esibizione* dei libri per estrarre *soltanto ciò che riguarda la controversia*. La conoscenza di queste disposizioni è indispensabile per comprendere quella scritta nell'articolo 405 del codice di procedura: la presentazione dei libri si fa, secondo che è stata ordinata, all'udienza del tribunale o dinanzi il giudice delegato; quando sia a scopo di semplice *esibizione*, il cancelliere ne estrae quanto riguarda la lite. — La *esibizione* può seguire innanzi ad un giudice o pretore delegato, se i libri non si trovino nel comune dove siede il tribunale.

433. È superfluo dire, dopo le considerazioni largamente svolte altrove (v. nn. 141 e segg.), che la disposizione dell'art. 406 del codice di procedura, la quale regolava la ipotesi dell'incidente di falso proposto innanzi a un tribunale di commercio, non ha più ragione di applicabilità. L'incidente di falso, in una lite commerciale deve essere proposto e svolto come in una causa civile, senza differenza di sorta. Tenuto presente il concetto che questo incidente costituisce una procedura autonoma e che la sentenza su di esso pronunziata produce i proprî effetti come quella proferita sulla querela civile di falso proposta in via principale, se ne deve concludere che l'incidente stesso anche quando sorge nel corso di una lite in materia commerciale, va trattato col rito ordinario; si osservano perciò in esso i termini consueti, e la sentenza è appellabile nel termine assegnato per quelle proferite in materia civile.

Digitized by Google

TITOLO V.

FORMAZIONE E NOTIFICAZIONE DELLE SENTENZE DEI TRIBUNALI

434. Qualunque sia stato il procedimento seguìto e qualunque la materia della causa, le sentenze dei tribunali si formano ad un medesimo modo.

Il disciplinar bene questo argomento è uno dei problemi più delicati; son poche invero le difficoltà per regolare la pronunzia della sentenza del giudice singolo; ma quando si tratta, come pei tribunali, e le corti, di deliberazione collegiale, importa che il legislatore abbia sempre presente un supremo obbiettivo, quello di guarentire la vera collegialità del giudizio. Poichè per altro la sentenza deve necessariamente essere formata nel segreto, non sono possibili guarentigie positive; la legge è costretta a rimettersene in gran parte all'onestà della magistratura e a procurare che le discipline dettate nel codice non siano pretesto od incentivo ai giudici per un meno fedele adempimento del loro più sacro dovere.

Coll'imporre ai giudici di deliberare dopo la discussione della causa, ha inteso il legislatore di metterli in condizione d'esprimere il proprio giudizio nel momento in cui più fresca hanno la conoscenza e la memoria dell'oggetto a cui questo si riferisce. Ma altrove fu notato il pericolo che può nascere dall'influenza della discussione orale sull'animo del giudice; e le pronunzie più pronte non sono poi in generale le più mature. Al che s'aggiunga essere costretti i giudici in ciascheduna udienza ad assistere a parecchie (talora troppe) discussioni di liti fra loro diversissime; sicchè allorquando se ne ritirano male saprebbero, senza pericolo per la giustizia stessa, accingersi a deliberare coscienziosamente sovra tutte. Nè è possibile che dopo ogni singola discussione l'udienza s'interrompa per far seguire la deliberazione. Tutte queste obbiezioni fanno riconoscere che il principio della *deliberazione immediata*, se è astrattamente buono, riescirebbe in pratica il peggiore di tutti, se ne togli l'ipotesi di domande

Digitized by Google

concordate, o di questioni semplicissime, di procedimenti contumaciali, e simili. Infatti il nostro codice nel mentre lo proclama, fa seguirvi tosto la dichiarazione che i giudici possono differire la pronunzia della sentenza ad una delle prossime udienze (art. 356). È solo a questo patto possibile che i giudici meditando sugli scritti possano formarsi una convinzione seria e sicura.

435. La legge non dice come si possa assicurare l'esame degli atti da parte di tutti i membri del collegio; pur troppo non siamo autorizzati a dire che sempre in pratica abbia luogo; in generale il giudice che dovrà compilare la sentenza viene destinato prima della deliberazione, od è quello che già fu delegato come relatore; egli studia la causa sugli atti scritti, e ne riferisce ai colleghi. La discussione e il voto si fondano d'ordinario sulla sua relazione; da qui un grave pericolo per la collegialità, che è salvaguardata solo quando il collegio sia composto di giureconsulti dotti e coscienziosi, capaci di afferrare subito una questione e discuterla a fondo; il che ognuno intende come debba essere raro oltre ogni misura. S'intende che non vogliamo nemmeno accennare, in onore dei nostri magistrati, al pericolo che l'incaricato di riferire alteri per malizia o frode l'indicazione dei fatti e delle prove ch'egli solo fu in grado di conoscere esattamente.

A codesto sistema usuale, non manca però qualche lodevole eccezione; molto dipende dal senno del presidente; inoltre, se nell'animo di qualche membro del collegio nascono dubbi sull'intelligenza del fatto o sulle risoluzioni in linea di diritto, egli chiederà tempo per poter a sua volta consultare gli atti e far quelle osservazioni e proposte che creda utili. Infine, di questo argomento è proprio il caso di dire: dati magistrati ottimi qualunque cattivo sistema fa buona prova; dati magistrati corrotti od ignoranti (e l'ignoranza, pur troppo più frequente della corruttibilità, è di questa anche peggiore, in quanto trascina inconsapevolmente ai medesimi risultati), l'ottimo dei sistemi si volge a strazio della giustizia.

436. Intanto, ecco le regole specifiche che si leggono nel codice.

Alla deliberazione della sentenza non possono concorrere se non i giudici che hanno assistito alla discussione della causa. Ma poichè può aver seduto all'udienza un numero di magistrati maggiore di quello che occorre per la composizione del collegio a sensi della legge sull'ordinamento giudiziario, è prescritto che il numero dei votanti sia soltanto quello legale (art. 357): e ciò a ragione, avvegnachè l'autorità della sentenza si basi sul consenso della maggioranza legale la quale è determinata appunto in relazione al detto numero, e i litiganti non debbano temere che la maggioranza sia formata arti-

Digitized by Google

fiziosamente, coll'aumentare o diminuîre i voti nel collegio. Provvedendo al caso in cui taluno dei giudici presenti alla discussione debba essere per tal motivo escluso dalla votazione, il regolamento giudiziario (art. 264) stabilisce che sieno esclusi i meno anziani; se però uno degli escludendi fosse stato relatore della causa, egli entra nel collegio deliberante, uscendone il meno anziano fra quelli che l'avrebbero dovuto comporre. L'inosservanza di questa regola potrebbe essere cagione di nullità della decisione, poichè il giudice meno anziano che non sia relatore, si trova, per la forza del testo succitato, *privo di giurisdizione* nella causa, e conseguentemente manca la legale costituzione del collegio, che è estremo essenziale alla validità della pronunzia (v. art. 361 n. 1) (1).

437. I giudici che devono votare si raccolgono in segreto (in camera di consiglio) senza intervento del cancelliere o d'altri; il presidente formula le questioni di propria iniziativa o su proposta dei giudici (art. 262 regol. giudiz.); ogni giudice nell'esprimere il suo voto ha diritto di svilupparne i motivi, e spetta al presidente di regolare le discusssoni che per tal guisa insorgano (art. 263 regolam. citato). Affinchè il voto di un magistrato non si possa sospettare influenzato palesemente da quello manifestato in precedenza da un collega più autorevole, si vuole che il primo a votare sia il *meno anziano* in ordine di nomina, e così si proceda in ragione inversa d'anzianità sino al presidente che è sempre l'ultimo. Però se la relazione all'udienza fu fatta da un giudice egli è il primo a votare, il che quasi dovrebbesi dire dal legislatore prescritto per meglio assicurare la preponderanza del suo voto, che già dicemmo essere temibile (art. 358).

438. Espressi tutti i voti si stabilisce quale deliberazione abbia raccolto il parere della maggioranza. Ma è un grave imba-

---

(1) Non è sopita nella giurisprudenza delle corti di cassazione la disputa se la nullità della sentenza sia assoluta, o se il fatto stesso dell'intervento di un giudice meno anziano (e non relatore della causa) a deliberare e sottoscrivere la sentenza, faccia presumere un impedimento legittimo del giudice più anziano che doveva concorrervi a norma della disposizione citata nel testo. Benchè la maggioranza delle corti di cassazione ammetta la presunzione dell'impedimento e quindi la validità della sentenza, e benchè abbiamo altre volte esternato avviso in questo senso, le recenti decisioni della corte di cassazione di Torino, ferma nel ritenere la nullità assoluta ed insanabile della sentenza, nel caso ora detto, ci diedero, con la vigorosa concludenza dei loro motivi, seria ragione di dubitare che la nostra opinione contraria non sia conforme del tutto alla legge (cass. Torino, 24 gennaio e 3 settembre 1896, *Giurispr. It.*, 1896, I, 1, 266, 979). Queste decisioni escludono anche la efficacia di qualsivoglia dichiarazione inserita nella sentenza per giustificare l'impedimento del magistrato più anziano.

Digitized by Google

razzo quello che si presenta nel caso in cui siano manifestate più di due opinioni e nessuna ottenga quindi la maggioranza. Al sistema francese di aggregare altri votanti al collegio *pour vider le partage*, il nostro codice ne sostituisce uno più ingegnoso e più razionale, perchè rispetta la giurisdizione competente ai soli giudici del collegio, innanzi a cui la causa fu discussa. Esso determina che nell'indicato caso, due delle opinioni, qualunque siano, vengono poste ai voti *per escluderne una;* la non esclusa è messa ai voti insieme alla terza, e similmente una di esse verrà eliminata; quella che rimane ha in certo modo, almeno negativamente, ottenuto il suffragio della maggioranza e costituisce senz'altro la deliberazione (art. 359). Uguale metodo si segue presso le corti, dove essendo più di tre i votanti, le votazioni per eliminazione si seguiranno nel numero che occorre per ridurre ad una le opinioni.

Fissata la deliberazione, un giudice fra i membri della maggioranza, è incaricato di redigere la sentenza, e cioè di dare alla decisione la veste dei motivi di fatto e di diritto che le si addicono (art. citato).

439. La sentenza deve contenere (art. 360): 1° il nome ed il cognome delle parti; 2° l'indicazione del loro domicilio o della loro residenza o dimora; 3° il nome e cognome dei procuratori; 4° il tenore delle *conclusioni* delle parti, esclusi il fatto ed i motivi; 5° l'enunciazione che il pubblico ministero sia stato sentito, quando ciò ebbe luogo; 6° i motivi in *fatto* e in *diritto;* 7° il dispositivo; 8° l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata; 9° la sottoscrizione di tutti i giudici che l'hanno pronunziata e del cancelliere.

A chiarire come si proceda nel compilare la sentenza, necessita avvertire che il *dispositivo* è il tenore della deliberazione votata dal collegio, ed i *motivi di fatto* e di *diritto* sono l'opera del giudice *estensore*. La legge (art. 265 reg. giudiz.) raccomanda agli estensori delle sentenze la *concisione* e la omissione d'ogni pompa dottrinaria; ad avviso nostro, sopratutto la *concisione* è trascurata troppo spesso dai magistrati. Occorre per altro di non confondere la concisione colla oscurità; il regolamento nell'articolo citato suggerisce bensì di non estendersi a confutare *tutti gli argomenti* addotti dai patrocinatori contro l'opinione accolta dal magistrato; ma è necessario che la motivazione della sentenza tenga conto specifico di tutte le *istanze* e di tutte le *eccezioni* che sono state dedotte e mostri di averle esaminate e valutate. È naturale che una considerazione sola potrà bastare molte volte a confutazione od a risposta implicita a più eccezioni od istanze; è naturale che l'accoglimento di una pregiudiziale rende inutile la disamina delle questioni di merito; è dunque da intendersi che la mo-

Digitized by Google

tivazione della sentenza dev'essere tale da presentare un nesso logico e necessario fra le domande delle parti e la decisione del tribunale; e che questo nesso deve essere completo, nel senso cioè che nessuna delle domande od eccezioni, nessuna (a dir meglio) delle *questioni* sottoposte al giudizio del magistrato risulti *dimenticata* o negletta. Ciò solo costituirebbe diniego di giustizia e vizio di sostanza; l'abbondanza dei motivi o la loro scarsità, l'esattezza o l'inesattezza, non possono da questo punto di vista avere un'importanza. Pertanto, la questione se una sentenza abbia o no soddisfatto l'obbligo della motivazione è sempre *relativa* e dipende dalla disamina del caso concreto il risolverla giustamente. Molto spesso nelle sentenze, dopo la motivazione e prima del dispositivo, si legge la formola: *reietta ogni altra istanza od eccezione.* Questa non sarebbe sufficiente per dire motivata la sentenza rispetto ad una questione o conclusione su cui non risulta deciso, e della quale non sia assorbita ed implicita la risoluzione nel tenore del dispositivo; ma è sufficiente per esprimere il rigetto di tutti i contrari argomenti non partitamente confutati, e di tutte quelle istanze od eccezioni per cui la ragione di rigetto è implicita nell'indole e nel senso della presa deliberazione. Il legislatore non poteva precisare (e lo si capisce) quando una motivazione sia da considerare sufficiente; egli però ha stabilito che i motivi si reputano omessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza, giacchè ciò fa dubitare che il magistrato non abbia curato di maturare una sua propria convinzione dietro personale esame della lite (art. 361).

440. Redatti i motivi di seguito al dispositivo il giudice estensore li sottopone al presidente, da cui sono comunicati al tribunale; occorrendo modificazioni si concordano; indi la *minuta* così composta e sottoscritta dal presidente e dall'estensore viene consegnata al cancelliere il quale la scrive nelle forme legali, e sopra carta bollata se fa bisogno, curando di adempiere tutte le prescrizioni dell'art. 360 indicate nel precedente numero. Indi riveduta dal presidente essa viene firmata da tutto il collegio e dal cancelliere, e così si forma il vero *originale* della sentenza (art. 266 regol. giudiziario).

Oltre le menzioni già dette, la sentenza conterrà anche l'indicazione di essere proferita in causa commerciale quando tale sia la qualità della controversia; ed è ancora al cancelliere che la legge affida la cura di questa menzione la cui omissione può esporlo a pene disciplinari, sebbene non sia titolo di nullità della sentenza (art. 157).

Ma non è da credere, per effetto delle citate disposizioni, che la legge abbia elevato il cancelliere al grado di *collaboratore dei giudici*

Digitized by Google

nella formazione della sentenza. A meno di amare gli assurdi, non può alcuno supporre che il presidente ed i giudici debbano firmare ad occhi chiusi la sentenza originale predisposta dal cancelliere. Anzi pel presidente il rivederla è un obbligo categorico (cit. art. 266 del regol.); pei giudici è un diritto; nello stesso tempo è dovere di quello e di questi rettificare gli errori o le inesattezze del cancelliere prima di firmarla. Come potrebbe d'altronde, per tacer d'altro, conoscere il cancelliere se sia il caso qualificare la causa per commerciale, se dal tribunale non glie ne viene data espressa indicazione? E così, per questo come per ogni altro punto tengasi come certo che il cancelliere è materiale ministro dell'autorità giudiziaria, ma che tutte le parti della sentenza s'intendono approvate dai giudici, ed emananti in retta linea dal tribunale. Diremo di più: è perfino una mostruosità l'accenno a pene disciplinari contro il cancelliere, fatto nell'art. 157 e ripetuto nell'articolo 436 a proposito delle sentenze di pretura, per punirlo di omissioni che *in tutti i casi*, più che sue sono del magistrato.

441. Le formalità che abbiamo visto prescritte dall'articolo 360 hanno per iscopo, in parte di identificare la sentenza ossia mettere fuori di dubbio quale sia la lite con essa decisa, in parte di comprovare l'esame della causa fatto dai magistrati, in parie di far conoscere la deliberazione votata dal tribunale. L'articolo 361 stabilisce quali sono i casi di nullità della sentenza. E pone avanti tutti la violazione dell'art. 357 (num. 436), del che ormai non ci è d'uopo dire le ragioni. In secondo luogo registra le omissioni di alcuno dei requisiti indicati nell'art. 360 ai numeri 4, 6, 7, 8 e 9 (v. n. 439), che sono infatti i più importanti e veramente essenziali. Notisi però che la legge parla di *omissioni;* il che esprime il concetto di *mancanza assoluta;* nei singoli casi potrà dunque occorrere un giudizio di apprezzamento, per vedere se un requisito manchi o sia espresso con equipollenti ed in modo più o meno sufficiente, ecc. Inoltre la legge, in base a considerazioni molto razionali tempera il rigore delle sanzioni di nullità, mercè la disposizione dell'art. 473 (v. n. 526).

Un elemento che non può essere sostituito da equipollenti è quello indicato al n. 9 dell'art. 360, vogliamo dire la sottoscrizione di tutti i giudici che pronunziarono la sentenza. Questa sottoscrizione è l'atto pubblico e solenne con cui si afferma la deliberazione del tribunale; se la legge ordinasse di tenere un processo verbale della votazione in camera di consiglio, potrebbesi usare meno inflessibilità; ma in mancanza di ciò affermiamo che il difetto di una firma, sia pure per morte del giudice, è sempre titolo di nullità. Ne consegue che, nel caso di morte di un giudice, avvenuta prima che egli possa sottoscrivere la sentenza già deliberata col suo concorso, dovrà essere desti-

Digitized by Google

nata dal presidente una nuova udienza per la discussione della causa dinanzi a un collegio reintegrato nella sua legale composizione.

Giusta il n. 3 dell'art. 361 quando sia violato il n. 5 dell'art. 360, o meglio quando non sia stato sentito il pubblico ministero nei casi previsti dalla legge, la sentenza è pur nulla. Ormai codesta regola è ridotta a minima importanza.

442. La nullità di una sentenza non può mai essere dichiarata dal giudice medesimo che la pronunziò, eccettuata l'ipotesi che si faccia luogo a rinnovazione del giudizio, dietro opposizione della parte che era rimasta contumace. Se la nullità riguarda una sentenza appellabile, è il giudice d'appello che ha competenza esclusiva per pronunziarla; nel quale caso egli surrogando l'autorità sua a quella del magistrato inferiore, sostituisce alla sentenza nulla una decisione regolare, che sarà nel merito conforme a quella annullata, o da essa difforme secondo si riconosca di giustizia. In questo senso dicesi esattamente che i mezzi di nullità di una sentenza di primo grado, si risolvono in motivi di gravame ossia di appello contro la stessa. Se poi la sentenza è proferita in grado d'appello, i titoli di nullità costituiscono mezzi di cassazione, come a suo luogo vedremo.

443. La sentenza pronunzia sulle conclusioni delle parti, secondo hanno suggerito al giudice il suo raziocinio e la sua coscienza. Nei rapporti tra le parti, ed in una significazione molto ampia, si potrebbe dire che ciascuna sentenza è di condanna, ossia di *accoglimento delle domande* dell'attore, ovvero di *assoluzione dalle domande*, cioè di accoglimento delle eccezioni o difese del convenuto. Il che vale naturalmente per qualunque specie di sentenze, definitive od interlocutorie. È necessario però che ci soffermiamo un istante a dire delle sentenze definitive. Secondo il sistema del nostro codice civile (articolo 1312), le domande che non si presentano in giudizio munite di prova (e tali sono pur quelle di cui si fornisca una prova non ammessa dalla legge) devono venire *respinte*. Dubitano alcuni che il magistrato abbia facoltà, in luogo della *assoluzione*, di pronunziare, quando gli sembri equo, l'ordine di *riapertura del contraddittorio* o quello di *istruire più ampiamente la causa*, additando anche, nelle considerazioni della sentenza, quali siano specialmente i punti che desidera veder rischiarati dalle prove. Noi non vogliamo discutere se in qualche caso *le parti possono domandare* una simile pronunzia ed il giudice farvi ragione; quel che preme di escludere è la supposizione che il magistrato abbia potestà di emetterla d'uffizio. Qualunque sia il consiglio della equità, esso non può vincere il rigore del diritto; la giustizia civile tutela i litiganti nei limiti in cui la loro diligenza lo rende possibile; la prova *non sufficiente* è prova *non data;* ed il giudice

Digitized by Google

non ha via di scelta fuori dall'obbligo di respingere la domanda. Si capisce che vanno eccettuati da questa regola i casi in cui la legge autorizza a disporre *d'uffizio* un mezzo istruttorio, e il magistrato riscontra conveniente l'ordinarlo. Ed anzi, il considerare che dove la legge volle concedere al giudice qualche potere d'*iniziativa* nella istruttoria lo disse chiaramente, mentre da altro lato omise ogni cenno, che pure in altri codici s'incontrava (v. art. 200 codice sardo 1859), delle sentenze *che mandano alle parti di procedere più ampiamente secondo espresse considerazioni*, è ciò che ci rafferma nella convinzione che l'intendimento suo fu del tutto all'unisono coi principii scientifici.

444. Era ammesso da alcuni codici anteriori, fra gli altri dal codice sardo 1859 (art. 202), che la lite potesse venire definita con sentenza *d'assolutoria dall'osservanza del giudizio*, ossia, per usare la parafrasi che dallo stesso testo citato è somministrata, di *cessazione del giudizio*. Non sarebbe facile il precisare a quali casi questa specie di pronunzia volevasi applicata; ad ogni modo vigeva il concetto di doversi così sentenziare nei casi in cui non occorreva *disconoscere* il diritto o rigettarlo in via assoluta, ma respingere la procedibilità del giudizio per ragioni estrinseche od intrinseche, salvo facendo però la riproposizione della domanda in sede separata. Che un simile effetto possa derivare razionalmente dal giudicato, nessuno è che lo metta in dubbio. Se è riconosciuta l'incapacità di una parte, se il termine per esigere la prestazione non è ancora giunto, se la istanza risulta perenta, o la citazione nulla, è certo che l'azione, respinta in base a tali o simiglianti motivi, si potrà riproporre. Ma è palese che a codesto fine non occorre una formula speciale d'assolutoria; basterà in via ordinaria che il *dispositivo* della sentenza esprima con chiarezza il significato della decisione del tribunale; in caso di oscurità od incertezza si interpreterà colla scorta dei *motivi* il senso del dispositivo secondo insegnano concordi dottrina e giurisprudenza; e così si saprà se l'azione sia stata respinta definitivamente o se possa venire riproposta. L'ammettere una formola generica per codesti casi è pericoloso, poichè crea la possibilità di abusarne; e si vide infatti sostenere da qualcuno che per la mancanza od insufficienza di prove possa essere sentenziata l'assoluzione dall'osservanza del giudizio, nel che sta un errore gravissimo di diritto e di procedura. Il giudice che riconosce deficiente la prova di un diritto, è tenuto a proclamarlo *non sussistente*. E passata in giudicato la sentenza d'assoluzione, non può la domanda essere riprodotta, col pretesto di corredarla di nuove prove; imperocchè trovasi ferito già nella sostanza ed in modo insanabile il diritto stesso, dal tenore del giudicato che precedette.

Digitized by Google

Nel nostro codice non troviamo fatta menzione di sentenze assolutorie dall'osservanza del giudizio, fuori che nell'art. 381 (relativo al caso di contumacia dell'attore), di cui parliamo al num. 470. E poichè d'altronde niuna formola sacramentale esso impone per esprimere le deliberazioni dei giudici, così è da reputare che secondo il suo concetto, codesta specie di pronunzia sia nella generalità dei casi scorretta ed impropria e venga meglio surrogata da quelle dichiarazioni brevi e precise che valgono a rendere il dispositivo una sintesi esatta della volontà del magistrato giudicante.

445. Prendendo occasione dall'affinità della materia, l'art. 362 stabilisce i requisiti dell'ordinanza che consistono: nel nome e cognome delle parti con la indicazione di residenza, domicilio, o dimora; con i nomi dei procuratori, il tenore della deliberazione, la data, la sottoscrizione del magistrato e del cancelliere. Per evitare pretesti a discussioni incidentali di effetto meramente dilatorio, la legge non ammette mai querela di nullità, rispetto alle ordinanze; i vizi che vi si riscontrassero si possono far riparare colla norma stabilita dall'articolo 473; e precisamente mediante ricorso consensuale, se le parti sieno concordi, al magistrato che emanò l'ordinanza, o mediante citazione avanti il medesimo, in caso diverso. È lo stesso giudice che deve riparare l'incorsa irregolarità; per conseguenza, i difetti estrinseci all'ordinanza non somministrano mai mezzi di reclamo al collegio.

446. A rendere completa la formazione della sentenza se ne richiede la *pubblicazione* (art. 366), la quale consiste nella lettura che fa il cancelliere, nella prima udienza successiva al giorno in cui fu sottoscritta, dei nomi delle parti, colla indicazione del domicilio, ecc., dei nomi dei procuratori, del dispositivo e della data. Tosto seguìta la pubblicazione il cancelliere ne dà avviso ai procuratori delle parti (art. 268 regol. giud.); e da quell'istante la sentenza ha il suo pieno valore di atto pubblico, di cui ciascun cittadino può ottenere copia autentica dal cancelliere. Il quale non può darne copia autentica in antecedenza, senza incorrere, giusta l'articolo 55, nel reato preveduto dagli articoli 344, 345 del codice penale; ne può farla conoscere in altro modo ai terzi, prima della pubblicazione, senza violare il dovere del suo uffizio.

Le ordinanze non sono pubblicate ma *pronunziate*, è cioè lo stesso magistrato da cui emanano, che ne rende pubblico il tenore, udienza stante, in modo sufficiente ed opportuno.

447. Ci è d'uopo ricordare qui la disposizione dell'art. 54 del codice, che in armonia al testo dell'art. 68 dello statuto, prescrive che le sentenze dell'autorità giudiziaria sono pronunciate in nome del re. Non sono prescritte formole sacramentali e nemmeno è com-

Digitized by Google

minata nullità pel caso di omissione; tutti gli scrittori vanno d'accordo nel respingere il dubbio che si abbia da considerare codesto un elemento sostanziale dell'atto.

448. Chi voglia la copia autentica d'una sentenza deve richiederla al cancelliere; quando si intenda eseguirne la notificazione, occorre naturalmente che siano spedite tante copie quante le parti, compreso il notificante. In questo caso, la prima copia è eseguita a cura del cancelliere e da lui autenticata; essa servirà da *originale* per la notificazione; le altre copie, quelle da consegnare alle parti notificate, sono spedite a cura del procuratore, o della parte quando abbia potuto far di meno dell'assistenza del procuratore, e vengono autenticate dal cancelliere, previa collazione coll'originale (art. 369 e 397 del codice ed art. 6 della legge 29 giugno 1882).

449. La legale conoscenza di una decisione non si ha che mediante la *notificazione*, dalla quale solamente decorrono il termine per esperire qualunque specie di rimedio di cui la sentenza sia suscettibile, e quello per dare esecuzione al giudicato. Secondo il principio regolatore del nostro sistema processuale, anche qui all'iniziativa delle parti è abbandonata la cura della notificazione; onde nasce l'inconveniente che una sentenza non può diventare irrevocabile se non piaccia alle parti di mettere in corso il termine legale all'uopo necessario.

La notificazione è eseguita a richiesta della parte più diligente, che fa rimettere all'altra copia autentica ed integrale della sentenza, seguìta da certificato dell'usciere. Lo studio del legislatore è anche qui di provvedere alla maggiore certezza che la parte notificata acquisti consapevolezza dell'atto. Egli perciò determina che la notificazione è fatta *alla parte* (e non al procuratore), il che ci avverte essere senza dubbio la consegna *alla persona della parte*, dovunque la si trovi, il più eccellente modo di notificazione; il *luogo* in cui la parte deve essere ricercata è quello dove essa ha dichiarata la residenza o dichiarato od eletto il domicilio in principio di causa, a mente degli art. 134 n. 5, 158 n. 2 e 159 n. 2, o con qualche atto posteriore. In mancanza di elezione o dichiarazione la notificazione è fatta *al procuratore*, vale a dire, *a lui quale rappresentante del suo cliente*, come per gli atti d'istruzione, non già *alla parte presso di lui*. Quando poi il procuratore sia morto od abbia cessato dalle funzioni, la notificazione è fatta alla parte *personalmente*, cioè nella sua residenza ordinaria, ovvero nel domicilio, o nella dimora. È stato reputato opportuno preferire la notificazione *al procuratore* a quella personale alla parte, quando sia possibile, poichè dessa è meno in grado del procuratore di apprezzare l'importanza dell'atto. Ma pur doveva essere posta in prima linea la consegna

Digitized by Google

nel luogo designato espressamente dalla parte, giacchè quivi è da presumere che essa abbia provveduto per riceverne la notizia immediata ed avere insieme gli schiarimenti ed i consigli che le possono nelle varie contingenze abbisognare (art. 367).

Nelle cause commerciali, se manca la dichiarazione od elezione al principio della lite e non sia stato costituito procuratore, la notificazione della sentenza è eseguita alla cancelleria del tribunale che la pronunziò (art. 396).

Accennasi nell'art. 367 anche alle ordinanze, e ne è disposta (capov. primo) la notificazione *ai procuratori* — come di atti d'istruttoria — nella sola ipotesi però che non siano stati presenti alla pronunziazione, lo assistere alla quale ha l'effetto della ricevuta notificazione.

L'atto di notificazione della sentenza o dell'ordinanza indica la persona richiedente e quella a cui la notificazione è diretta; — per la consegna della copia, osservate quanto al *luogo* le regole dell'art. 367, si seguono, quanto al *modo* ed alle *forme*, quelle stabilite per l'atto di citazione (art. 368).

Digitized by Google

TITOLO VI.

SPESE GIUDIZIALI

450. È principio di naturale giustizia ed applicazione del canone giuridico scritto nell'art. 1151 del codice civile, la regola che le spese occorse per sostenere la lite debbano essere rifuse alla parte di cui fu riconosciuto il buon diritto da quella rimasta soccombente. Il codice di procedura, nelle disposizioni che ora dobbiamo esaminare, dà le norme direttive per l'applicazione di questo principio; regola inoltre la liquidazione delle spese, il che dà opportunità per disciplinare la materia anche nelle relazioni fra i difensori ed i clienti. Le procedure qui stabilite per la liquidazione e per le controversie relative partecipano al carattere di quelle incidentali; non sapremmo però collocarle nella categoria degli *incidenti*, sembrandoci piuttosto che si tratti di azioni *accessorie* al giudizio principale che loro porge occasione.

451. Sta bene che la parte soccombente rifonda le spese del giudizio: esse rappresentano un *danno certo* che il suo contegno ha cagionato all'avversario; ma il danno che deriva da un'ingiusta opposizione al conseguimento del nostro diritto, non è sempre limitato alle spese della lite; anzi talvolta ne costituiscono la minor parte. Se non che, prima di trarne l'illazione che sia da condannare il soccombente a rifondere ogni altro danno, è necessario riflettere alla buona fede che può scusare la sua condotta, all'incertezza che aleggia non di rado sovra talune difficili e complicate controversie, anche dopo decise coll'autorità di un giudicato irrevocabile. Se pertanto il rimborso delle spese deve stare *di regola* a carico del soccombente, il rifacimento di danni maggiori è giusto che gli sia imposto solo nei casi di *mala fede evidente*, ossia, per usare la parola del legislatore, di *lite temeraria*. È all'apprezzamento discrezionale del giudice che appartiene il conoscere quando essa sia tale (art. 370).

Digitized by Google

Ma non sempre vi ha una parte che soccombe per intiero ed un'altra in tutto vincitrice; arroge esservi circostanze le quali scusano la difesa dell'assunto rimasto soccombente, sia per i dispareri di giuristi e di magistrati sulla questione, sia per l'apparenza del buon diritto, che solo un minuzioso ed acuto esame può smentire. A soddisfare il consiglio dell'equità, volle il legislatore che rimanga pur possibile di togliere o alleviare l'onere del rimborso delle spese. Nè essendo il caso di dare in proposito norme concrete, se ne rimise alla prudenza ed al senno dei giudici, autorizzandoli, *quando concorrono giusti motivi*, a dichiararle *compensate in tutto od in parte* (articolo citato, capov. primo). La compensazione totale è la esclusione di qualsiasi rimborso; quella parziale corrisponde alla condanna nelle spese per la frazione non compensata.

La pronunzia sulle spese forma parte integrale del dispositivo della sentenza; nè fa bisogno che sia stata proposta all'uopo specifica conclusione, perchè la legge deduce l'obbligo normale della rifusione dal fatto della soccombenza; occorrerà invece conclusione specifica per la rifazione dei maggiori danni in caso di lite temeraria, giacchè la legge dice che i giudici *possono* pronunziarla; il che dinota la necessità di una istanza dell'interessato.

Se la sentenza niente dispone intorno alle spese, non è da intendere che siano compensate, giacchè a tal uopo occorre una pronunzia esplicita. Siccome manca in simile ipotesi la deliberazione del tribunale circa un punto sul quale era tenuto a pronunciare, la parte interessata può citare l'avversario a udienza fissa, provocando una nuova sentenza che giudichi in ispecialità sopra le spese. Però non vi sarebbe omissione di pronunzia quando la motivazione della sentenza attestasse la volontà del tribunale di compensare le spese, quantunque poi nel dispositivo non ne fosse fatta speciale menzione (citato articolo, capov. secondo).

452. Essendo più d'una le parti soccombenti, le spese si ripartiscono *per capi od in ragione dell'interesse rispettivo nella controversia;* può essere stabilita la *solidarietà* fra i soccombenti anche per le spese, se sia pronunciata condanna all'adempimento di una obbligazione solidale; ma in difetto di dichiarazione di *solidarietà* o di *proporzionalità* all'interesse, le spese s'intendono ripartite *per capi* (art. 371). Le persone che sono in giudizio come rappresentanti d'incapaci o di enti morali o collettivi, non devono essere condannate nelle spese in proprio; ma la condanna colpisce la parte rappresentata; invero, è dessa che realmente soccombe; pel rappresentante il tentativo di difesa è spesso un *dovere* anche s'egli dubiti della bontà della causa. Nondimeno è anche possibile che il puntiglio, la mala-

Digitized by Google

fede, l'ostinazione del rappresentante od amministratore trascini ad incauto litigio l'amministrato; onde a buon diritto l'art. 372 stabilisce che i tutori, i curatori, gli eredi beneficiati ed ogni altro amministratore, possono *per gravi motivi* essere condannati nelle spese personalmente, senza diritto di ripetizione.

453. Il debito delle spese procede *fra le parti* in causa. Il procuratore del vincitore od è già stato pagato dal suo cliente, od ha azione per esserlo. Tuttavia, per tutelare il sacro diritto del difensore nei casi in cui gli sarebbe forse malagevole di conseguire altrimenti il compenso della fatica sua, gli è data facoltà di domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata in tutto od in parte a suo favore. La legge contempla la *distrazione delle spese* a favore dei procuratori *per la parte che dichiareranno di avere antecipato.* In pratica però si ammette ragionevolmente che la domanda di retribuzione porta per conseguenza la condanna a pagare direttamente al procuratore anche gli *onorari per le sue prestazioni.* La domanda può essere proposta anche verbalmente durante la discussione e ne viene fatta menzione, in tal caso, nel foglio d'udienza. Il tribunale non ha facoltà di respingere una simile domanda, giacchè la legge non domanda al procuratore veruna prova della asserita anticipazione; ma la parte rappresentata dal procuratore che ha chiesta la distrazione delle spese è senza dubbio in diritto di opporvisi. Lasciandole il diritto di codesta opposizione, da potersi muovere anche senza ministero di procuratore, le è però stato imposto un limite di tempo necessario, fino al punto, cioè, in cui l'avversario non abbia pagato nelle mani del procuratore. Avvenuto il pagamento, il cliente potrà agire contro il suo procuratore con separata azione di rimborso, in via ordinaria (art. 373 e 374). Nell'ipotesi poi che il cliente nulla opponga alla domanda di distrazione, sebbene il magistrato non abbia facoltà di respingerla d'uffizio, come or ora dicemmo, potrebbe pur darsi che non l'accogliesse in fatto, vuoi per dimenticanza, vuoi per errore, pronunziando la condanna a favore della parte vittoriosa. La legge nulla dispone circa il modo in cui può agire il procuratore per riparare il danno da simile pronunzia cagionatogli. Non sembra che sia il caso di ricorrere come qualche scrittore suggerisce, al capoverso ultimo nell'art. 370, parificando questa evenienza alla omissione di pronunzia sulle spese; non è infatti logico dire che sia stato omesso di pronunziare là ove, bene o male, fu pronunziato.

454. La *liquidazione* delle spese, la determinazione cioè della somma in cui devono essere pagate, è cosa distinta dalla *condanna* al rimborso, ma è un elemento indispensabile per la esecuzione di questa

Digitized by Google

condanna. Consta la liquidazione di tre operazioni diverse: 1° *controllo delle spese* che hanno occorso per gli atti della causa, e così bolli, diritti d'usciere, di registro, copie di documenti, indennità a testimoni, onorari a periti, ecc.; che devono essere tutte giustificate dagli atti di causa, sulla scorta dei quali devono essere accertate; 2° *riconoscimento dei diritti di procuratore*, che per quanto s'attiene alla natura ed al numero degli atti compiuti saranno da verificare similmente colla scorta dei volumi della causa, e per quanto alla tassazione deggiono essere conformati alle misure fissate dalla tariffa civile; 3° *determinazione degli onorari d'avvocato*, per la quale, secondo la citata tariffa (art. 294), è rimesso all'autorità giudiziaria di tener conto del valore della causa, dello studio e del tempo che può esservi stato impiegato, ecc.

L'art. 376 fornisce alcune norme per la liquidazione; le più importanti sono: 1° che non si comprendono nella tassazione gli atti *riconosciuti superflui;* 2° che si ammettono in tassazione le spese *di un solo procuratore*, anche se più ne siano stati costituiti, quando si tratti di persone che potevano servirsi di un solo rappresentante giudiziale, o perchè aventi lo stesso interesse o perchè unite da vincolo d'azione o di obbligazione indivisibile. Notisi bene che la legge parla di *procuratori*, non anche di *avvocati;* può essere inutile farsi rappresentare da più procuratori ed utilissimo invece farsi difendere da più avvocati. Tuttavia deve in pratica essere osservata anche per questo riguardo la più scrupolosa moderazione e tenere per norma costante che ogni lusso di difesa deve stare a carico di chi desidera averlo.

455. La liquidazione è operata nella sentenza; le parti hanno l'obbligo infatti di unire al fascicolo la nota delle spese. Ma quando la nota manchi, o non sia completa, o per qualsivoglia motivo il tribunale lo creda opportuno, la sentenza può delegare la tassazione ad un giudice. Egli vi procede con ordinanza, provocata dal vincitore mediante citazione del soccombente dopo il passaggio in giudicato della sentenza. L'ordinanza può essere impugnata con reclamo nei modi e nei termini fissati per le ordinanze incidentali nell'art. 183. Ma se il reclamo è respinto le maggiori spese puniranno il proponente il quale deve essere condannato a rifonderle; ed il procuratore che prestò mano a questo estremo atto vessatorio può essere condannato ad un'ammenda di lire dieci. La sentenza che pronunzia sul reclamo è soggetta ad appellazione quando le spese riguardino una causa discussa in prima istanza.

Non essendo proposto reclamo nel termine di legge, la tassazione del giudice delegato acquista forza esecutiva (art. 375 e 377 ; ed articoli 224 e 272 del regol. gen. giudiz.).

Digitized by Google

Seguono la sorte delle spese della lite, se non sia altrimenti disposto dalla sentenza, quelle che occorrono per la sentenza stessa, per le sue copie, la notificazione, non che per gli atti d'esecuzione forzata. E ciò è intuitivamente logico. La tassazione di tali spese non potendo aver luogo nella sentenza ed in parte nemmeno nell'ordinanza del giudice delegato, si fa risultare ad opera del cancelliere o dell'usciere al margine degli atti predetti, giusta la rispettiva competenza. Chi volesse insorgere con opposizione contro queste partite, osserverà le norme del processo sommario (art. 378).

456. Nelle relazioni fra il difensore e il cliente, troviamo segnato nell'art. 379 un procedimento spedito ed economico. Ricordisi che rispetto ai *procuratori*, l'art. 103 fa già menzione di una regola di competenza speciale, da seguire anche pel caso in cui si adottasse la forma comune della domanda giudiziale mediante citazione. Quella regola di competenza è tenuta ferma dall'art. 379 il quale somministra una *forma di procedimento eccezionale* che si estende a favore di tutte le persone indicate nell'art. 103 ed inoltre agli avvocati. Tutti costoro per ottenere il pagamento delle spese di cui vanno creditori verso i rispettivi clienti o mandanti, però esclusivamente per compenso o rimborso di atti compiuti in giudizio, possono presentare la nota del proprio avere al presidente del tribunale che decise la lite; egli, appiedi della nota, *rilascia ordine di pagamento* delle somme richieste, entro un termine non maggiore di trenta nè minore di dieci giorni dalla notificazione. Nel termine assegnato è permesso al cliente l'opposizione, per la quale non abbisogna d'assistenza di procuratore. Deve proporla con ricorso al presidente, che farà notificare al creditore con citazione per presentarsi a giorno fisso innanzi quel magistrato; il quale tenterà di conciliare le parti; e se non vi riesca le rimetterà a rito sommario innanzi il tribunale per la sentenza.

Trascorso il termine, l'ordine di pagamento acquista autorità di sentenza *spedita in forma esecutiva;* cioè abilita il patrocinatore a procedere in esecuzione forzata. Le opposizioni del cliente non diventano da questo momento inammissibili, ma si trasformano in opposizioni agli atti esecutivi, giacchè altra cosa è una sentenza avente forza esecutiva, altra quella passata in giudicato. Pertanto errano coloro i quali pretendono che il diritto di opposizione duri fino alla scadenza del termine assegnato pel pagamento, come errano quelli che ne pongono il limite *al primo atto di esecuzione forzata;* nè sbagliano meno coloro i quali credono che la opposizione contemplata quì dalla legge sia una sola cosa col rimedio della opposizione contro le sentenze proferite in contumacia, laonde pretendono che sia proponibile nel

Digitized by Google

termine assegnato per tale rimedio dall'art. 476 (v. n. 576), sotto analoga comminatoria di decadenza.

La controversia può aggirarsi sull'esistenza del debito o sulla tassazione delle partite esposte. È opinione giustamente accolta dai migliori interpreti, che il presidente nell'ordinare il pagamento, non ha facoltà di ridurre le somme esposte dal richiedente, quando le operazioni di cui si chiede pagamento siano giustificate con la produzione degli atti giudiziari e del mandato alle liti. Invero, se l'intimato vorrà opporsi, il tribunale provvederà alla tassazione in contraddittorio, ove non riesca il presidente a comporre il dissidio. Se l'intimato non muoverà opposizione, l'acquiescenza di lui darà vigore di legge contrattuale all'ordine di pagamento, nè sarà poi ragionevole alcun lamento da parte di chi poteva difendersi e nol fece.

Gli avvocati qualora non seguano la via segnata in questo articolo, non sono neppure vincolati dalla regola di competenza dell'art. 103, il quale di loro non fa menzione.

Come dinanzi i tribunali, la procedura qui menzionata si osserva anche davanti le corti d'appello; l'articolo parla infatti di *presidenti* e di *autorità giudiziarie*. È da accogliere l'opinione che, argomentando dall'art. 447, la estende anche alle preture, osservandosi solo che quando si faccia luogo ad opposizione, il pretore che non riesca a conciliare le parti, senza fare rinvio ad altra udienza, registrerà le rispettive loro osservazioni nel processo verbale, e premessa ogni altra occorrente istruttoria pronunzierà sentenza sopra la controversia.

Le sentenze sulla opposizione si considerano pronunziate nel medesimo grado di giurisdizione in cui fu decisa la causa di merito. Trattandosi infatti di un'*azione accessoria*, assegnata alla competenza dell'autorità che pronunziò sulla *principale*, ove questa sia stata decisa in grado d'appello, è nello stesso grado che si porta, *omisso medio*, la questione sulle spese. E in tal caso, perciò, la sentenza che decide sulla opposizione è inappellabile.

457. Per le persone alle quali la scarsezza degli averi, o la povertà, sarebbe ostacolo insormontabile ad adire le vie giudiziarie, a cagione delle spese e tasse, è istituito il benefizio del *patrocinio gratuito*. Esso è regolato fra noi dal decreto legislativo 6 dicembre 1865 e dalla legge 19 luglio 1880. Va distinto l'effetto del patrocinio gratuito per ciò che riguarda le spese e tasse da quello concernente gli onorari professionali degli avvocati e dei procuratori. Quanto alle spese, il litigante povero è dispensato dall'anteciparle; egli fa uso di carta non bollata; gli uscieri e i cancellieri gli prestano il loro ministero per gli atti del rispettivo uffizio senza conseguire i diritti dalla

Digitized by Google

legge loro accordati. Le persone estranee all'ordine giudiziario, notari, conservatori delle ipoteche e degli archivi, e gli altri ufficiali pubblici, devono similmente prestarsi alle richieste che ricevano per atti o per rilascio di copie nell'interesse del litigante ammesso al patrocinio gratuito. Tutte le somme però che sarebbero dovute per i titoli suindicati vengono annotate a cura dei cancellieri in registro apposito e costituiscono un debito esigibile verso chi di ragione, come or ora diremo. I periti, testimoni, e simili, sono pagati dall'erario e la relativa spesa è similmente annotata a debito. In quanto ai patrocinatori, la gratuita difesa del povero è per essi, siano avvocati o procuratori, « un ufficio onorifico ed obbligatorio » a norma dell'art. 1 del decreto del 1865; e a sensi dell'art. 6 hanno diritto di ripetere gli onorari dalla parte avversaria, qualora sia stata condannata nelle spese per effetto di soccombenza.

458. La vittoria del povero nella lite, accompagnata da questa condanna dell'avversario alle spese, dà diritto all'erario per agire direttamente contro costui allo scopo di riscuotere tutte le spese, siano quelle *antecipate* come quelle *semplicemente annotate a debito.*

Lo stesso diritto si verifica per l'erario contro *la parte attrice* (se l'ammesso al gratuito patrocinio è convenuto) nei casi in cui rinunzi alla lite o la lasci cadere in perenzione. Nei casi di transazione tutte le parti sono obbligate in solido al pagamento delle spese in pro dell'erario.

Quando poi la lite siasi definita con la vittoria del povero ma senza condanna dell'avversario nelle spese, o sia stata pronunziata di queste una compensazione parziale, l'erario ha diritto di pretendere dal patrocinato gratuitamente il rimborso delle spese *antecipate* per la di lui difesa, o il rimborso di quella parte delle medesime che non fa carico al soccombente. Se poi la vittoria ha messo il povero in grado di conseguire un valore non inferiore *al sestuplo* della somma complessiva rappresentante tutte le spese annotate a debito, o la parte in cui il soccombente non fu condannato, l'erario acquista inoltre il diritto di pretendere il rimborso delle spese *semplicemente annotate.*

Il patrocinatore del povero però, a nostro avviso, non può invocare a titolo di analogia queste disposizioni, per pretendere dal cliente alcun pagamento di onorari. Vinca o perda la lite, il cliente nulla deve al patrocinatore, il quale, nei rapporti con lui ha adempiuto un dovere, il più nobile certamente, del proprio uffizio, e non ha da attenderne compenso pecuniario se non per la condanna dell'avversario o per la spontanea gratitudine del vincitore. Nel caso di transazione, invece, è da credere che si possa accogliere una diversa soluzione; giacchè il

Digitized by Google

povero, mentre ha profittato dell'opera del difensore per ottenere dall'avversario utili concessioni, ha reso impossibile, col fatto stesso di transigere, che l'avversario sia condannato nelle spese e che il patrocinatore realizzi così quel vantaggio a cui la legge gli dà diritto di aspirare. In questa ipotesi l'onorario per l'avvocato, dovrà essere determinato in relazione all'importanza della di lui opera e del profitto che il cliente ne ricavò.

Se poi il povero rimane soccombente ed è condannato nelle spese, l'erario ha diritto di ricuperare da lui le somme annotate a debito, nel caso solo in cui muti il suo stato economico da quello che era al tempo in cui gli fu accordato il patrocinio gratuito.

Digitized by Google

TITOLO VII.

CONTUMACIA

459. Nella rozza semplicità delle più antiche forme giudiziarie concepivasi come sola guarentigia di giustizia la necessità della comparizione personale di entrambe le parti davanti il magistrato, affinchè egli udisse dell'una e dell'altra le ragioni. Perciò era ammesso che la fisica violenza fosse lecita per costringere il convenuto a presentarsi, come ancora ne fanno fede i testi delle dodici tavole. Più tardi, ridotto a migliore assetto il sistema della citazione (v. n. 204), si dovette riconoscere la libertà del convenuto di non comparire; e sorse quindi gravissimo il problema sugli effetti della contumacia. Non si può negare che la prima impressione ricevuta da chi esamina l'argomento è sfavorevole al contumace, sembrando che egli abbia abbandonata la difesa per mancanza di buoni mezzi a sostenerla e che quindi tacitamente confessi il proprio torto. Ma le severe ponderazioni della giustizia non ponno arrestarsi a questo concetto superficiale. A parte che il contumace può aver ignorato la chiamata in giudizio, od essere legittimamente impedito di presentarsi o di provvedere alla difesa; il silenzio del convenuto non può mai erigersi a valida ragione per ritenere ciecamente ammissibile la domanda dell'attore. Il principio generale che impone a chi fa una domanda in giudizio l'obbligo di darne la prova, non ha motivo plausibile per venir meno in questa ipotesi; anzi diremo che esso debb'essere più scrupolosamente adempiuto in confronto di chi rimane indifeso e che più grave diventa l'obbligo del magistrato di esaminare se il buon diritto assiste veramente l'istanza sottopostagli.

I giureconsulti romani, colla rettitudine dei loro criteri, non tardarono ad arrivare a queste conclusioni: e trovarono indispensabile anzitutto di guarentire che il convenuto abbia sicura conoscenza della chiamata in giudizio, disponendo la reiterazione della citazione (*edictum*) ed ammettendo di regola la verificazione della contumacia solo a seguito del terzo editto (*edictum peremptorium*) (L. 71, D., 5, 1). Ed anche dopo ciò era esclusa la dichiarazione di contumacia quando

Digitized by Google

fossero noti al magistrato legittimi impedimenti del convenuto, quali l'incapacità. la malattia, l'assenza per servizio pubblico, ecc. (LL. 53 e 54, Dig., 42, 1). Il contumace non era poi considerato come tacitamente confesso, ma il giudice avea l'obbligo di esaminare se fosse fondata la domanda dell'attore, respingendola quando tale non la riconoscesse (L. 73 pr., Dig., 5, 1; L. 1, Cod., 7, 65; L. 13, § 4, Cod., 3, 1; Nov. 82, cap. 5, *in fine*). In un solo punto il sistema romano è accessibile alla critica scientifica. Considerando che il contumace abbia *voluto* non comparire e così rimettersi alla giustizia del magistrato di prima istanza, reputavasi logico interdirgli il rimedio dell'appello (L. 23, § 3, Dig., 49, 1).

Il che diciamo non rigorosamente corretto, nel senso che altra cosa è rimettersi alla giustizia del giudice, o meglio della legge protettrice del diritto, altra rinunziare al reclamo contro l'ingiustizia che il giudice commetta, mostrandosi indegno della nostra fiducia ed impari alla nobile altezza del suo uffizio.

460. Sotto l'influenza delle tradizioni germaniche e delle lotte giurisdizionali tra i feudatari, la contumacia nel medio evo assunse un carattere strano ed esorbitante. La si colpì come un delitto di fellonia; le multe, le confische, talora le pene corporali, sembrarono adeguati castighi a simile reato; e sebbene il diritto ecclesiastico si tenesse lontano dal praticare tali eccessi, gli stessi canonisti insieme coi più celebri glossatori si compiacquero di giustificarli. Minima fra tutte le conseguenze della contumacia parve allora il considerare confesso colui che non si difende; l'interdizione dell'appello fu naturalmente conservata: e niuna posizione poteva essere più favorevole di quella dell'attore, sicuro di vincere e di vincere in modo irrevocabile. Da ciò abusi d'ogni sorta per *procurare* la contumacia dei convenuti, per fingere cioè la regolarità di citazioni che effettivamente non erano seguite. Fu per riparare a codeste enormità che surse in Francia l'istituto della *opposizione* pel quale al contumace, in sostituzione dell'appello diniegatogli, offerivasi la possibilità di ripristinare il giudizio innanzi al magistrato di prima istanza, quando dopo la sentenza contumaciale venisse a conoscere della lite in sua assenza trattata. Nella viziosa organizzazione dei riti giudiziari, l'opposizione diventò a sua volta sorgente d'abusi; tutti i convenuti di mala fede si resero contumaci per poter dilazionare la lite mediante l'opposizione che apriva poi l'adito anche all'appello. Tentossi una nuova riforma; l'opposizione fu abolita dall'ordinanza del 1667, ma fu conceduto ai contumaci il diritto d'appellare. Finalmente i redattori del codice francese stimando di raggiungere la migliore perfezione di giustizia concedettero al contumace e l'opposizione e l'appello.

Digitized by Google

461. Il che è semplicemente assurdo. L'opposizione trasse la sua origine dal pensiero che il convenuto *non abbia avuto notizia* del primo giudizio, sicchè non siagli stato possibile contraddire in esso alla domanda; chi n'ebbe notizia e *non volle* comparire, manca d'ogni diritto a rinnovare il giudizio davanti il medesimo magistrato, mentre è giusto invece che possa ricorrere al magistrato di grado superiore al pari di colui che in primo grado si è difeso. Ora una legislazione civile può essa ammettere che si esauriscano giudizi contro persone ignare della domanda a loro danno proposta? No di certo; cura precipua di un buon codice di procedura debb'essere quella di assicurare la certezza delle citazioni, non di cercare rimedi contro la incertezza tollerata o promossa dalle sue disposizioni.

Abbiamo veduto che il legislatore italiano non mancò di diligenti attenzioni rispetto al metodo di notificazioni delle citazioni. Riguardo al caso di contumacia egli non se n'è neppure appagato. Stimò certo ed indiscutibile che chi fu citato *in persona propria* se non compare in giudizio lo fa di sua libera elezione; ma riguardo alla citazione altrimenti notificata che *alla persona* del convenuto, volle che verificandosene la non comparizione debba essere *rinnovata*, prima di accogliersi la presunzione di *volontarietà* della contumacia. Del resto al contumace lasciò sempre apertissima la via per l'appellazione, rimuovendo in questa parte l'antico errore della dottrina romana.

Data questa base al suo sistema, il legislatore non avrebbe dovuto repudiare completamente l'opposizione. Quando la citazione non è notificata in persona propria, la si rinnovi; e sia questo un obbligo per chi vuol proseguire la lite contro il contumace. Nulla di più semplice d'un tale provvedimento: eppure siamo costretti ancora a desiderarlo. Il nostro codice lascia *la facoltà* all'attore di rinnovare la citazione, se gli pare; ove non la rinnovi, il convenuto non citato in persona propria ha facoltà di fare opposizione. E così questo istituto figlio di tempi e condizioni che non hanno coll'attuale stato della giustizia veruna simiglianza, vive tuttora nella procedura italiana, mentre ai voti per la sua abolizione conferisce autorità l'adesione dei più illustri proceduristi.

462. Fra noi, del resto, la contumacia non ha valore di confessione, nè viene in alcun modo punita. V'hanno bensì talune legislazioni moderne che rendono obbligatorio al giudice di accogliere la domanda dell'attore, salve alcune maggiori o minori restrizioni; esse in fondo sono logiche, perchè adottando in generale il principio della tacita confessione arguita dal silenzio, non potrebbero valutare diversamente l'effetto della contumacia: ciò dicasi del vecchio regolamento austriaco, del codice ginevrino, del germanico, per tacere

Digitized by Google

d'altri (1). È inutile che esaminiamo la diversità delle loro disposizioni, poichè tale esame non illustrerebbe in alcun modo il concetto del codice patrio. Nel nostro articolo 384 sta scritto semplicemente: « La sentenza che dichiara la contumacia, pronunzia sulle conclusioni della parte istante ». Ciò significa semplicemente che su quelle conclusioni sarà deciso: ma la decisione dovrà essere data secondo giustizia ed in conformità ai principii regolatori del diritto probatorio vigente.

463. Causa determinante della contumacia è la non comparizione del convenuto nel termine od all'udienza, secondo che la causa sia formale o sommaria. Ma è indispensabile all'attore, per aver diritto di dir contumace il convenuto, essere egli comparso regolarmente nei modi prefissi a norma della qualità del procedimento. Se nessuna delle parti è comparsa, la citazione consegue un semplice effetto *conservativo;* il giudizio non potrà riprendersi se non mediante una nuova successiva citazione (art. 380).

Avanti di provocare la dichiarazione di contumacia, è in facoltà dell'attore comparso in termine di rinnovare, come abbiamo detto, la citazione non notificata in persona propria al convenuto. Se si tratta di causa sommaria, egli chiederà all'udienza, previa constatazione della assenza del convenuto, un rinvio onde eseguire la rinnovazione. Se però sono parecchi i convenuti contumaci, alcuni citati in persona propria ed altri no, o se alcuni compariscono ed altri, *non citati in persona propria*, non compariscono, l'attore ha l'*obbligo* di rinnovare la citazione a questi ultimi, salvo che rinunci all'effetto della medesima in loro confronto (art. 382). La legge con questa disposizione volle prevenire l'inconveniente che una sentenza sia suscettiva per alcuni d'opposizione e per altri d'appello soltanto. In conseguenza, se la citazione non fu rinnovata in un caso nel quale doveva esserlo, il magistrato potrà interpretare questa omissione come una rinunzia nei sensi predetti; oppure (a norma delle circostanze) potrà sospendere la pronunzia per dare agio all'attore di provvedere alla rinnovazione, involontariamente omessa. In nessun caso potrà pronunziare contro la persona che non fu regolarmente citata. La rinuncia *all'effetto della citazione* non toglie (come lo spiega la frase stessa) il diritto di riproporre separatamente la domanda contro i non comparsi o non citati in persona. Per rendere più efficace la seconda cita-

(1) È notevole che il nuovo regolamento austriaco (§ 396) abbia conservata la disposizione per la quale il giudice è obbligato a ritenere per veri i fatti esposti dalla parte comparsa, a meno che non siano contraddetti dalle prove già esistenti. La regola si applica così alla contumacia dell'attore come a quella del convenuto.

Digitized by Google

zione, è prescritto che essa contenga la formale comminatoria della dichiarazione di contumacia (articolo citato).

464. L'attore per ottenere la dichiarazione di contumacia, se il convenuto o tutti i convenuti non sieno comparsi, deve chiederla nel termine di sessanta giorni da quello in cui è scaduto l'ultimo termine di comparizione. Questa regola riguarda soltanto le cause formali; e così le altre norme infradicende, contenute nell'art. 383. Il decorso dei sessanta giorni importa *perenzione dell'istanza;* in altri termini, l'attore dovrebbe, per far valere la sua azione, riprodurla in nuovo giudizio. Siffatta perenzione non ha luogo quando taluno fra i convenuti sia comparso.

Nel caso contemplato dalla prima ipotesi, l'attore deve entro l'indicato termine procurarsi un certificato del cancelliere che attesti la regolare sua comparizione in giudizio, e la non comparizione del convenuto o dei convenuti. Deve eziandio far iscrivere la causa al ruolo di spedizione adempiendo le altre formalità per venire all'udienza. Ma non ha bisogno di notificare entro il termine stesso l'iscrizione a ruolo nè la comparsa conclusionale alla parte contumace (art. citato).

Nel caso contemplato dalla seconda ipotesi, la causa si discute e istruisce fra l'attore ed i convenuti comparsi, nelle forme ordinarie; la si iscrive a ruolo al termine dell'istruttoria, e la sentenza medesima che pronunzia fra i comparsi, pronunzia anche rispetto ai non comparsi ed in primo luogo ne dichiara la contumacia (art. 384).

Se la causa è sommaria, essa viene portata all'udienza come quelle in contraddittorio; e, previo il rinvio che fosse necessario per la rinnovazione della citazione, la contumacia si verifica all'udienza, trascorsa un'ora dalla sua apertura; se ne dà atto nel foglio della udienza (art. 230 regolamento giudiziario); indi le parti comparse procedono alla relazione e discussione.

465. Un problema che offre qualche pratica difficoltà è quello che concerne il modo di istruire una causa formale, quando ve ne sia bisogno, se si verifichi la contumacia del solo citato o di tutti i convenuti.

L'art. 385 si limita a disporre: « Quando occorra qualche atto d'istruzione si procede come è stabilito nelle sezioni precedenti. — Però le istanze che si promuovono nel corso del giudizio e le ordinanze d'istruzione sono notificate al contumace mediante affissione di copia dell'atto alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria ».

Simili precetti sono di semplicissima esecuzione, se alcuni dei convenuti trovinsi in giudizio come fu detto nel numero precedente. Ma nell'assenza di tutti i convenuti, o dell'unico citato, la gravità dell'imbarazzo consiste in ciò: la causa dev'essere, a pena di perenzione,

Digitized by Google

iscritta a ruolo dentro sessanta giorni; l'istruttoria a quel momento ha dunque da essere finita? ma se occorre l'esperimento di prove orali, è possibile contenere la durata sua in così breve periodo? La proposta e l'ammissione di tali prove, inoltre, di qual maniera verranno fatte?

Confessiamo che tutto ciò è molto oscuro. Certamente il legislatore avrebbe assai meglio operato, rinunziando al rigore della perenzione stabilita nell'articolo 383. Esponiamo la risoluzione che alla prevalente dottrina ed a noi sembra migliore.

L'attore che ha bisogno di far assumere prove potrà far iscrivere a ruolo la causa nei sessanta giorni e portarla a discussione al solo scopo di ottenere una sentenza preparatoria di pura e semplice *dichiarazione di contumacia*. Questa formalità esaurita, proseguirà l'istruttoria nella forma additata dall'articolo 385. — Non dev'essergli però interdetto di proporre nel detto termine la prova, di cui ha d'uopo, facendo notificare *personalmente* al convenuto la comparsa e la citazione incidentale, non meno che l'ordinanza presidenziale che rimetterà il giudizio a udienza fissa attesa la non comparizione del convenuto stesso. All'udienza, insieme alla domanda della prova proporrà l'attore quella per la dichiarazione di contumacia; ed ottenuta questa prima sentenza interlocutoria, il giudizio seguiterà a sensi dell'articolo 385. Diciamo necessarie le notificazioni *personali* della comparsa, della citazione e dell'ordinanza, perchè l'art. 385 autorizza le notificazioni alla porta del tribunale, solo pel *contumace;* ora questo nome spetta, giusta l'articolo 380 a chi è *dichiarato* tale dal magistrato; nè l'attore deve precorrere col fatto proprio la pronunzia giudiziale che potrebbe ben anco respingere per irregolarità o nullità d'atti (art. 192) la istanza per dichiarazione della contumacia.

E siffatte notificazioni *personali* stimiamo doversi fare al contumace anche se vi sieno altri convenuti comparsi, sino a che, nell'occasione di una sentenza interlocutoria, accada di poter conseguire la *dichiarazione di contumacia* a di lui carico, condizione *sine qua non*, a parer nostro, perchè divengano lecite le notificazioni alla porta del tribunale.

Attenendosi al primo partito, cioè di provocare una sentenza di semplice dichiarazione di contumacia, l'attore non ha bisogno di fare alcuna notificazione al convenuto; avvegnachè niuna *istanza* si promuove che possa riescir nuova pel non comparso. È conseguenza del suo contegno la dichiarazione di contumacia ed il notificargli che la si chiede non aggiungerebbe veruna guarentigia al giudizio.

466. Parlando l'articolo 385 di istanze che si promuovono *nel corso del giudizio*, allude con chiaro segno a quelle di natura istrut-

Digitized by Google

toria od incidentale; nè accenna a *domande nuove* di merito, ossia dirette a mutare l'obbietto o il titolo dell'azione. Anzi a questo riguardo l'art. 387 prescrive che l'attore non può, nel corso del giudizio contumaciale prendere conclusioni *diverse* da quelle contenute nell'atto di citazione. Tale divieto non colpisce le semplici restrizioni della domanda originaria, poichè nel più sta naturalmente contenuto il meno.

Le istanze istruttorie indicate nell'art. 385 potrebbero occorrere anche in giudizio sommario; quivi pure è da tenere applicabile la regola che fin dopo intervenuta una sentenza che dichiari la contumacia non si possono effettuare le notificazioni alla porta del tribunale, ma devonsi eseguire personalmente.

467. Se la notificazione alla porta del tribunale basta per gli atti e le istanze delle parti, non può essere sufficiente rispetto alle sentenze ed agli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria, pei quali l'intimazione ha l'effetto di costituire in mora il convenuto a reclamarne nei modi e termini di legge. Giustamente si esige pertanto che ne avvenga la notificazione personale, cioè nelle forme stabilite per la citazione; è invece ultroneo e privo di effetto utile l'altro precetto, similmente contenuto nell'articolo 385, pel quale s'impone *a pena di nullità* che le dette notificazioni siano eseguite da un usciere destinato di volta in volta dall'autorità giudiziaria che proferì la sentenza od il provvedimento, o da quella che fu all'uopo richiesta.

468. Nel corso del giudizio, ed anche se la dichiarazione di contumacia sia già stata in via interlocutoria emanata, il contumace può comparire. Non v'era plausibile ragione di negargli questo diritto, dal momento che egli potrebbe più tardi fare opposizione alla sentenza od almeno appellarne. L'articolo 386 dispone che può comparire *fino alla sentenza definitiva*. Il che equivale a dire che può presentarsi sino a che la sentenza non sia sottoscritta dai giudici e dal cancelliere. L'articolo 232 del regolamento giudiziario stabilisce infatti che se il contumace si presenti dopo discussa la causa alla udienza, il presidente sospenda la *prolazione* della sentenza. Ora la prolazione non può essere la *pubblicazione* di cui all'articolo 366 del codice, giacchè non v'era ragione di usare due parole differenti ad indicare la stessa cosa; e non è nemmeno la semplice *deliberazione* in camera di consiglio, giacchè la sentenza non è *proferita* sin che non si trova compilata e sottoscritta in forma regolare (v. nn. 440, 441). Tuttavia il limite così stabilito non è ragionevole; giacchè fino ad avvenuta *pubblicazione* della sentenza non esiste la prova legale della sua *prolazione*, e niente impedisce ai giudici di modificarne il tenore (v. n. 446).

Digitized by Google

Il contumace che comparisca tardivamente è tenuto a subire le conseguenze della sua volontaria astensione anteriore. Il contraddittorio è bensì riaperto e l'iscrizione a ruolo (nel rito formale) perde i suoi effetti. Ma deggiono avere autorità piena le sentenze già pronunziate nel corso del giudizio e divenute regolarmente irrevocabili; nè la prova testimoniale contraria sugli stessi fatti o su fatti nuovi potrà essergli consentita, se siano già trascorsi i termini perentorii rispettivi. Sappiamo invece (v. n. 383) come la comparizione tolga l'effetto della tacita ricognizione della firma o della scrittura.

Per comparire, se si tratta di causa formale, il contumace deve costituire il proprio procuratore, nelle forme consuete, notificandone la parte contraria; e dopo la notificazione, se la causa sia già stata discussa all'udienza, presenta un ricorso al presidente chiedendo che sia sospesa la prolazione della sentenza e riaperta la istruzione del giudizio. Se si tratta di causa sommaria, la tardiva comparizione non può aver luogo naturalmente se non dopo la discussione orale. Il contumace deve predisporre la propria comparsa *conclusionale*, presentarla al cancelliere, il quale la rimette al presidente, che con suo decreto, sospesa la sentenza, fissa una nuova udienza per la discussione in contraddittorio. In entrambe le ipotesi il decreto presidenziale è notificato alla parte contraria (art. 232 regol. citato).

469. Nell'articolo 388 sta disposto che le spese della sentenza contumaciale, della notificazione di essa e degli atti ai quali ha dato luogo la contumacia, sempre che la medesima sia stata regolarmente verificata, sono a carico del contumace anche quando ottenga sentenza favorevole nel giudizio di opposizione o di appello, eccettuata in questo caso la tassa di registro sul valore della causa. Codesta disposizione ha l'aspetto di una pena della contumacia; ma in sostanza è perfettamente giuridica. Perchè il contumace vinca in appello o in sede di opposizione, occorre che egli fornisca prove le quali mancarono, per la sua assenza, al giudizio contumaciale, o che proponga eccezioni a cui non era tenuto il giudice di supplire d'uffizio. È dunque esclusivamente sua la colpa, se per fargli ottenere giustizia occorsero due stadi di discussione invece di uno solo. Però sarebbe più opportuno che la disposizione testè riferita fosse meno rigorosa, vale a dire, fosse lasciata ai giudici una qualche larghezza di discrezione nello applicarla.

470. Pochi cenni intorno al caso di contumacia dell'attore. La condizione perchè essa si verifichi è la non comparizione dell'attore nel termine od all'udienza e la comparizione regolare del convenuto. Il quale ha pieno diritto di ottenere l'*assoluzione dalle domande* avversarie, per il semplice e perentorio riflesso che l'attore il quale

Digitized by Google

non compare non fornisce prove e che le domande mancanti di prova deggionsi dal giudice respingere (v. n. 443). Tuttavia l'articolo 381 lascia in facoltà del convenuto di chiedere l'assolutoria dalle domande o *dal giudizio*, della quale ultima è noto il ben diverso valore (v. n. 444). Taluni dei nostri proceduristi sono stati da questa disposizione trascinati all'equivoco di ritenere che l'assolutoria *dalle domande* possa essere richiesta dal convenuto solo quando egli *provi* essere infondate le medesime; diversamente non essergli lecito di chiedere se non l'assolutoria *dal giudizio*. Questa interpretazione è respinta dai principii fondamentali del diritto giudiziario; se il codice lascia *facoltà* al convenuto di chiedere l'assolutoria dalle domande o dal giudizio, non pone altra condizione all'accoglimento di questa o quella istanza se non la dichiarazione di contumacia dell'attore. È del tutto razionale che non si adopri una indulgenza negata dai principii fondamentali del diritto giudiziario, a favore di colui che dopo aver provocato altri al giudizio, non si presenta a sostenere la lotta. E sarebbe assurdo che si usasse un trattamento migliore a chi non dà *nessuna prova*, di quello che si accorda a chi, comparso in giudizio, tenta di darla e non vi riesce. Nell'un caso come nell'altro, *actore non probante reus absolvitur*. E parecchi codici (p. es. il napoletano, il ginevrino, il germanico) hanno semplicemente sancito che la contumacia dell'attore dà diritto al convenuto di far respingere le di lui domande.

È permessa al convenuto, in contumacia dell'attore, la proposta di domande riconvenzionali; ma egli deve, ed è giusto, farle notificare all'attore personalmente (capov. cit., art. 381). Nè dopo questa notificazione può variarle (capov. art. 387). La procedura contumaciale e l'eventuale istruttoria si regolano del resto colle norme anzidette.

È quasi superfluo soggiungere che all'attore contumace non può mai competere il diritto di fare opposizione alla sentenza, poichè ciò sarebbe inconciliabile con la natura di questo rimedio, accennata superiormente.

Digitized by Google

TITOLO VIII.

PROVVEDIMENTI DI CUSTODIA E CONSERVAZIONE

(SEQUESTRI)

471. A questo punto, avendo completato l'esame dello svolgimento normale delle liti avanti i tribunali, ci sembra opportuno tener parola della materia dei *sequestri*, la quale si presenta ora con l'aspetto di procedura incidentale ed ora con quello di procedura preliminare; e che ad ogni modo appartiene senza dubbio allo stadio del procedimento dichiarativo.

Due specie di sequestro conosce la legislazione italiana: il *giudiziario* ed il *conservativo*. Il primo è dato per provvedere alla *custodia di una cosa* mobile od immobile che forma o potrà formare, nella specie sua determinata, oggetto di controversia fra due o più persone il secondo per *conservare il patrimonio* del debitore, costituente la garantìa dei suoi creditori, contro i pericoli di improvvisa scomparsa, sottrazione, o diminuzione, in pendenza degli atti di giudizio necessari perchè il creditore sia in grado di agire *esecutivamente* per la espropriazione del patrimonio medesimo.

Le due nozioni sono tra loro ben distinte e differenti sono le regole pei due istituti dettate dalla legge. Vi è questa anomalìa deplorabile, che mentre pel sequestro conservativo possediamo norme processuali abbastanza precise, per quello giudiziario si è in grandissima parte costretti a brancolare nel buio a causa del silenzio della legge. Onde infinite controversie e dispareri sempre vivi fra gli interpreti e nella giurisprudenza.

472. Parliamo del sequestro giudiziario in primo luogo. Quali siano i casi nei quali vi si può procedere lo determinano gli art. 1875 del cod. civ. e 921 di quello di procedura. Il codice civile riconosce nell'autorità giudiziaria la *facoltà* di ordinare il sequestro: 1° di un immobile o di una cosa mobile la cui proprietà od il cui possesso *sia controverso* fra due o più persone; 2° delle *cose* che un debitore offre *per la sua liberazione*. Il codice di procedura aggiunge: che *può*

Digitized by Google

essere ordinato sulla domanda della parte interessata, il sequestro di una cosa mobile o di un immobile, quando siavi *pericolo* di sottrazione, alterazione o deteriorazione.

Basta leggere questi testi per rilevare che mentre il codice civile accenna a casi nei quali il sequestro è da eseguire *in pendenza di lite*, quello contemplato nel codice di procedura potrà venire ordinato senza che ancora sia iniziato giudizio intorno alla cosa da sequestrare. Il giudizio si promuoverà poi da chi vi abbia interesse.

Ora la legge non dice quale magistrato sia da adire e con quale procedimento, per ottenere il sequestro giudiziario. Ben vero che indicando essa come nei casi mentovati di sopra il sequestro *può* essere accordato (e quindi anche non esserlo) induce a stabilire per massima che il relativo procedimento deve offrire tutte le guarentigie del giudiziale contraddittorio. Questo argomento, da solo, non sarebbe però decisivo.

473. A noi sembra che il silenzio della legge vada interpretato come prescrizione di seguire le norme di giudizio *ordinarie*. Di vero, non si può riconoscere nel diritto giudiziario la legittimità di un *procedimento speciale*, come nel diritto civile quella di un *privilegio*, se il codice non lo abbia stabilito *claris verbis*. Potremo liberamente discutere se il legislatore trascurando di ordinare un procedimento speciale pel sequestro giudiziario abbia commesso un errore od una imprevidenza; ma non ci è dato imprestargli le intenzioni nostre per salvarlo dalla critica.

Adunque cerchiamo quali sono, in relazione all'indole della materia, le norme di giudizio ordinarie. Se vi è già *lite pendente*, la domanda di provvedere alla interinale custodia della cosa, qualunque sia il titolo da cui muove, la si desuma cioè dall'art. 1875 del codice civile, o dall'art. 921 della procedura, è per sua natura una domanda *accessoria;* quindi andrà sottoposta alla competenza del magistrato innanzi a cui pende la causa. Della causa essa forma parte innegabilmente, in quanto è la lite principale che dà occasione al sorgere di questa novella istanza ed è dalla lite medesima che si deggiono trarre le più influenti ragioni per pronunziare su di essa, mentre è ai fini della controversia principale che la domanda incidentale tende a servire. Al che ponendo mente, pare che la forma più adatta di procedimento per codesta domanda accessoria sia quella *incidentale*. Essa permette invero che le parti si pongano d'accordo sopra la sua esecuzione, mentre le lascia appieno libere di discutere, ove non riescano ad intendersi. Nè la concordia delle parti è un modo di risoluzione che ripugni a siffatta materia, al che sarebbe superflua ogni dimostrazione. Onde pensiamo che avendosi lite pendente debba il

Digitized by Google

sequestro venire richiesto in ogni caso dinanzi al presidente e disposto da lui con ordinanza sull'assenso delle parti o nei casi d'urgenza; e con sentenza del tribunale, invèce, quando vi sia dissenso o reclamo dall'ordinanza. Se il giudizio è sommario, all'udienza di discussione potrà farsi luogo alla domanda di sequestro del pari che a qualunque altra istanza incidentale. E se la discussione ha già avuto luogo, occorrerà provvedersi come nella ipotesi in cui *non vi sia lite pendente.*

474. Di questa ipotesi ora appunto dobbiamo parlare. Essa riguarda soltanto il caso di sequestro giudiziario contemplato nel codice di procedura civile, agli articoli 921, 923; imperocchè il primo caso dell'art. 1875 del codice civile suppone la pendenza di lite, e il secondo caso è disciplinato dagli art. 905, 908 del cod. di proc. È qui che sollevansi maggiori i dubbi. Noi osserviamo che l'art. 921, il solo che regoli la procedura del sequestro giudiziario, dichiara che il medesimo si può ordinare *sulla domanda della parte interessata.* La parola *domanda* ha un senso vago; ma quando consultiamo il linguaggio del legislatore vediamo essere da lui usata preferibilmente nel valore di *iniziamento d'una azione.* E ce lo conferma l'esame degli art. 35, 36, 37, 38, tanto più influente, in quanto essi contengono *disposizioni generali.* Ora, scorrendo codesti articoli incontriamo categoricamente dettato nell'art. 37 che ogni *domanda* è proposta con atto di citazione, salvo che *la legge stabilisca un'altra forma;* e l'art. 38 incalza col vietare che si statuisca sopra alcuna *domanda,* se non *sentita* o debitamente citata la parte contro cui è proposta, *eccettuati i casi determinati dalla legge.*

Nelle discipline che regolano il sequestro giudiziario (articoli 921, 922 e 923), non v'ha parola che deroghi alle disposizioni degli articoli 37 e 38. Vero è che nella sezione successiva, furono introdotte derogazioni sensibili, precisamente nelle regole processuali pel sequestro *conservativo.* Ma appunto, se il legislatore trovò di stabilire tali regole speciali in una sezione separata del codice e per un oggetto spiccatamente diverso, ciò obbliga a dire che *non volle* fare altrettanto riguardo al sequestro giudiziario. Ed è abbastanza grave la censura che merita per ciò, avvegnachè nei casi di pericolo accennati dall'art. 921 dovrebbe dirsi provvidenziale un procedimento celere, con esecuzione istantanea, alla foggia di quella che vedremo ammessa pel sequestro conservativo. Alla censura però dobbiamo arrestarci, chè manca alla scienza ed alla critica il potere di rifar la legge (1).

---

(1) In questo punto consiste tutta la sostanza del nostro divergere dalla comune opinione che ammette la estensione analogica delle norme procedurali del sequestro conservativo al giudiziario; fu il desiderio di ripa-

Digitized by Google

Concludendo, nei casi in cui *non vi sia lite pendente*, si dovrà domandare il sequestro giudiziario mediante citazione e discuterne colle norme di rito comuni, facendo uso del procedimento sommario che è esplicitamente autorizzato dall'art. 389, n. 1. Questo è il modo d'interpretare la legge che a noi sembra più corretto.

475. Poco ci rimane a dire. Ordinato il sequestro è necessaria la scelta di un sequestratario, il quale può anche avere il còmpito di un vero amministratore. Della scelta, se le parti non si accordano, è arbitro il magistrato, che può farla cadere anche su quello dei litiganti che si dichiari disposto a prestare cauzione, o che nelle sue condizioni di moralità, di censo, od altre, offra maggiori guarentigie (art. 922).

Per eseguire il sequestro ordinato, occorre il ministero dell'usciere, coll'intervento del quale si fa consegna della cosa mobile o dell'immobile al sequestratario; le norme da seguire all'uopo, in quanto applicabili, son quelle che nel seguente libro vedremo stabilite per l'esecuzione forzata per consegna di mobili o rilascio di immobili (art. 923).

476. Il *sequestro conservativo*, destinato a rappresentare una forma *preventiva* di applicazione del principio cardinale di diritto consecrato nell'articolo 1949 del codice civile, costituisce una non lieve limitazione all'esercizio del diritto di proprietà; laonde i casi nei quali la legge permette di attuarlo devono essere appresi tassativamente e restrittivamente. Li troviamo indicati nell'articolo 924: « Il creditore che abbia *giusti motivi* di *sospettare della fuga* del suo debitore, di *temere sottrazioni*, o sia in *pericolo di perdere le garantie del suo credito*, può domandare il sequestro dei beni mobili spettanti e delle somme dovute al debitore medesimo, se la legge non ne vieti il pignoramento ». Il sequestro conservativo non può mai colpire gli immobili; questi non sono sottoposti, in generale, ai pericoli espressi nel citato testo, almeno con quella rapidità con cui possono influire sopra lo stato del patrimonio mobiliare. La legislazione austriaca ha in vigore però anche una specie di sequestro conservativo sui beni immobili, consistente nell'istituto della *prenotazione ipotecaria*. In un

---

rare ad una lacuna evidente della legge che spinse la interpretazione per questa via, accogliendo la massima che il sequestro giudiziario, nei casi dell'art. 921, possa essere conceduto sopra ricorso, *inaudita altera parte;* massima oggi predominante nella giurisprudenza. Merita nondimeno rilievo la considerazione che, salvo la forma del ricorso, tutte le altre disposizioni concernenti il sequestro conservativo male si prestano alla voluta applicazione analogica.

Come più autorevoli manifestazioni della giurisprudenza sulla materia, vedansi le sentenze della corte di cassazione di Roma, 21 aprile 1890 (sezioni unite) e 5 febbraio 1895 (*Giurispr. ital.*, 1890, I, 1, 521; 1895, I, 1, 230).

Digitized by Google

certo senso, e nei limiti in cui funziona, si può attribuire carattere consimile anche alla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, ammessa dal codice civile.

477. Chi domanda un sequestro conservativo deve giustificare il concorso di circostanze che autorizzino a concederlo. Ma la legge ha avvisato che allorquando tali circostanze sussistono, è troppo necessario di far presto a porre riparo ai loro effetti, perchè non divengano insanabili. Onde stabilì un procedimento speciale, razionalmente concepito, il quale si divide in due periodi, l'uno d'*esecuzione*, l'altro di *discussione*. Prima si provvede, poi si giustifica il provvedimento; questa inversione dell'ordine consueto è imposta dalla natura del soggetto.

Pertanto, chi vuole ottenere un sequestro conservativo ne propone domanda mediante *ricorso motivato;* se non può produrre documenti in appoggio, indicherà al giudice il modo di procacciarsi *sommarie informazioni* sulla verità dei motivi esposti (art. 925). Perchè gli indugi siano ridotti al minimo, il pretore del luogo dove il sequestro è da eseguire ha competenza a concederlo *per qualunque valore* (art. 926). Egli è anche più spesso in grado di sincerarsi sollecitamente sulla legittimità della domanda.

Ma non è *esclusiva* la competenza di questo magistrato. Anche il pretore od il presidente del tribunale competente a conoscere *della causa principale*, possono concedere il sequestro. La *causa principale* a cui allude la legge (capov. cit. art.) è quella che rifletter deve il pagamento o la liquidazione del credito a garanzia del quale si chiede il sequestro. Suppone però il testo che la causa non sia ancora avviata: se lo è, *soltanto* il pretore od il presidente del tribunale o della corte innanzi a cui rispettivamente pende la causa può accordare il sequestro conservativo. Sembrò che codesti magistrati sieno posti in migliori condizioni d'ogni altro, quando vi sia lite pendente, per apprezzare la domanda. Ma è forse una sottigliezza inopportuna. La stessa legge (art. 927) fu costretta, subito dopo aver posta questa regola, a derogarne *pel caso d'urgenza*, riconoscendo ancora la competenza del pretore del luogo dove sia da eseguire il sequestro; e quale sarà mai il sequestro conservativo *non urgente?*

478. Attesa la gravità del provvedimento di cui si tratta e la naturale incertezza che rimane in certi casi circa la sua legittimità, il giudice che ordina un sequestro conservativo può, secondo le circostanze, imporre al sequestrante l'obbligo di dar cauzione in somma determinata, a garantìa del risarcimento dei danni, per il caso che il sequestro fosse dichiarato ingiusto. È però sempre dispensato da cauzione chi agisce in virtù di un credito privilegiato sulle cose da

Digitized by Google

sequestrarsi, poichè in tal caso il privilegio medesimo somministra la garantìa voluta dalla legge (art. 928). La cauzione dev'essere *idonea* e se il ricorrente la propone nella domanda per sequestro, il decreto di autorizzazione pronunzia anche sulla sua ammissibilità. Niun reclamo è conceduto rispetto alla cauzione. Il sequestro non può eseguirsi se la cauzione ordinata non sia prima effettivamente costituita (art. 929).

479. Un punto nella pratica controverso è quello che concerne l'ammissibilità di reclamo contro il decreto che ricusi l'autorizzazione a sequestro. Ad avviso nostro non è possibile verun reclamo; ma poichè il rifiuto debb'essere motivato dalla insufficienza delle dimostrazioni addotte, è sempre permesso di riproporre la domanda, corredandola di più efficaci motivi o di migliori dimostrazioni.

480. Per la esecuzione del sequestro conservativo, la legge si richiama alle regole fissate per il pignoramento (art. 930). E noi pure rinviamo il discorso sull'argomento al terzo libro (v. n. 729 e segg.). Ci limitiamo a notare che il sequestro conservativo presso il debitore si effettua dall'usciere mediante *processo verbale*, nella casa del debitore, coll'assistenza di due testimoni e colla nomina di un custode. Il sequestro presso terzi consiste invece nella *notificazione* al terzo *di un atto d'usciere* col quale lo si diffida a non disporre delle cose presso lui sequestrate senza ordine di giustizia (v. n. 754 e segg.).

481. Dopo l'esecuzione si discute sulla legittimità del sequestro. Può dubitarsi se fosse stato migliore sistema quello di ordinare la discussione in contraddittorio solo quando la promovesse il debitore non acquetandosi al sequestro eseguito. Il codice fa obbligo invece al creditore sequestrante di prenderne egli stesso sempre la iniziativa, sotto pena di decadenza dal sequestro. All'uopo deve citare in giudizio il debitore facendogli notificare insieme la copia del ricorso e del decreto di sequestro, non che dell'atto di cauzione se vi sia stato; la citazione è fatta in via sommaria e in essa si propone l'istanza di *validità e conferma del sequestro;* potrà contenere anche la domanda di vendita degli oggetti sequestrati pei quali vi sia pericolo di deterioramento (art. 931).

Il termine per far eseguire le dette notificazioni è *perentorio;* ed il suo inutile decorrimento rende privo d'effetti il sequestro (art. 933). Esso è di *tre giorni* dalla data dell'esecuzione del provvedimento, se questa ebbe luogo nello stesso mandamento in cui deve farsi la notificazione. Se deve farsi invece nel territorio di altro mandamento, tribunale, o corte d'appello, si applicano a norma dei casi, i termini degli art. 147, nn. 3, 4 5 e 148 nn. 4 e 5 (capov. primo, cit. art. 931).

Digitized by Google

482. La competenza a pronunziare sulla validità e conferma del sequestro (od eventualmente sopra la sua rivocazione), è attribuita (art. cit., capov. secondo), all'autorità giudiziaria *del luogo del sequestro* competente per *materia* e *valore*. Quindi la domanda non si considera mai *accessoria* a quella di pagamento, a sensi dell'articolo 99, quando pure il sequestro conservativo sia chiesto ed autorizzato in pendenza di lite; ciò non è molto plausibile, dal momento che il pretore, o presidente del collegio innanzi a cui verte la domanda di pagamento, è abilitato a ordinare quel sequestro. Ma il legislatore reputò di dover accordare al debitore una maggiore garanzia, sottoponendo al controllo del magistrato locale la verificazione degli estremi necessari per legittimare il provvedimento. È superfluo soggiungere che se la domanda di pagamento pende dinanzi al giudice del luogo dove fu eseguito il sequestro, le osservazioni che precedono cessano di essere applicabili. Quanto alla determinazione del *valore*, sappiamo già dall'art. 75 num. 1 che essa ha per base la somma del credito del sequestrante. Per gli effetti concernenti le forme e i termini della procedura è a ritenere commerciale o civile la causa per conferma di sequestro, secondo che il credito per la guarentigia del quale si è proceduto sia dell'una o dell'altra specie, salvo quanto diciamo qui appresso riguardo al sequestro di nave.

Ma non è impossibile che la stessa autorità giudiziaria competente *per territorio* a conoscere della conferma del sequestro, lo sia anche per la domanda di pagamento non ancora spiegata. In questa ipotesi è permesso di proporre tale domanda nella citazione per conferma sempre che il credito sia esigibile (capov. ult. art. cit.). Accenniamo solo alla competenza *per territorio*, poichè dalle cose dette ora risulta che rispetto *al valore* le regole di competenza sono identiche per l'azione di pagamento e per quella di conferma del sequestro (v. art. 936).

483. Regole particolari circa la competenza ed il procedimento sono date dal codice di commercio rispetto al sequestro di nave. Basti qui accennarle. Dopo l'abolizione dei tribunali di commercio non ha più importanza, se non quanto ai riti da osservare, la regola che il giudizio di conferma è sempre commerciale, anco se il credito sia civile (art. 869 n. 2 del detto codice). È inoltre prescritto che non si possa sequestrare una nave pronta a partire (art. 881); e che effettuato il sequestro possano essere autorizzati nell'interesse dei creditori uno o più viaggi della nave (art. 882). Queste due disposizioni suscitano gravi dispute, attinenti però allo studio del diritto commerciale.

484. Seguitando a dire del procedimento ordinario per la conferma del sequestro conservativo, sono da indicare le regole speciali proprie a quello eseguito presso terzi. La citazione fatta al debitore

Digitized by Google

deve essere notificata più tardi al terzo (art. 932) non già perchè egli abbia a comparire nel giudizio di conferma, ma solo perchè ne possegga notizia e sappia così che la procedura ha il suo legale proseguimento. La omissione di simile formalità è pur essa cagione di decadenza (art. 933). Inoltre al terzo deve essere notificata la sentenza che conferma il sequestro. Quando poi essa sia passata in giudicato, il terzo viene citato innanzi al pretore del suo domicilio perchè faccia dichiarazione delle somme o delle cose che detiene (art. 937). A questa parte del procedimento servono e sono comuni tutte le regole che dovremo altrove spiegare per il pignoramento presso terzi (v. n. 757 e segg.); onde non giova anteciparne il discorso.

485. Scopo del sequestro conservativo essendo la garenzia del credito, la legge vuole che il debitore possa in qualunque *momento* farlo rivocare, qualora presti cauzione idonea, corrispondente al valore delle cose sequestrate (art. 934).

Inoltre, avuto riguardo all'odiosità della misura, al discredito che sparge la sua esecuzione sopra il nome del debitore, si è *stimato* giusto di colpire con una pena colui che ottenne ed attuò un sequestro conservativo riconosciuto poi *senza causa* e *perciò* rivocato. Egli *può* venire condannato ad una multa estensibile a lire mille oltre il risarcimento dei danni (art. 935). I giudici apprezzeranno *con* prudente arbitrio, nei singoli casi, se e quanta colpa vi sia stata, per regolarsi nell'applicazione di questa comminatoria, potendo *ben* darsi che la revoca sia pronunziata in concorso di circostanze che escludano la colpa del debitore e quindi la di lui responsabilità pei danni. Questa non ha luogo nei casi di annullamento per inosservanza di forme processuali.

Digitized by Google

TITOLO IX.

PROCEDIMENTI DAVANTI AI PRETORI

CAPO I.

Procedimento ordinario.

486. Il giudizio davanti i pretori si segnala per una singolare agilità di forme, non iscompagnata da efficace tutela della giustizia. Lo favorisce in tal senso la opportunità maggiore che presta il procedimento a giudice singolo di svolgersi sotto l'immediata direzione del magistrato e quindi con minore apparato di esteriori solennità. Nel concetto della legge predomina l'oralità della discussione, in forma diversa però da quella ammessa presso i tribunali; ma in taluni casi la trattazione scritta ha un uffizio importantissimo. Il codice è sobrio in questa parte nel dettare regole e riti; per tutto quello che tace, esso rimanda (art. 447) a *prendere norma* dalle disposizioni relative al procedimento avanti i tribunali. Prendere norma non vuol dire uniformarsi rigorosamente; e quindi non si possono considerare in massima applicabili le sanzioni di nullità o di decadenza che sono dettate con esclusivo riguardo agli atti e giudizi di competenza dei tribunali.

487. Delle forme dell'atto di citazione non è a parlare, non essendovi veruna deroga dalle regole comuni; il rito è qualificato *sommario* dall'articolo 155 capov. secondo; quindi la citazione è sempre a udienza fissa. Alle parti è data facoltà di presentarsi personalmente o per mezzo di procuratore o mandatario (1); in questo secondo caso

(1) Deplorasi che il legislatore non abbia ancora saputo moderare la libertà di scelta dei mandatarii per i giudizi di competenza dei giudici singoli, essendo tale libertà cagione di gravi inconvenienti, i quali anzi sonosi aumentati dopo la riforma del 1892 che estese la competenza dei conciliatori e che aprì un largo campo, anche dinanzi a questi magistrati, alla malsana attività di un ceto di difensori indegni di questo nome.

Digitized by Google

il pretore ha diritto di ordinare che compariscano in persona, per rispondere a quanto egli creda utile di domandare, davanti a lui od al pretore del luogo di loro residenza, all'uopo richiesto; ed i fatti sopra i quali saranno sentite devono essere opportunamente specificati (art. 446).

Nell'udienza indetta per la comparizione l'attore presenta al pretore la citazione, o, se le parti compariscono volontariamente, espone la sua domanda; presenta insieme i documenti sui quali la appoggia, offrendoli in comunicazione al convenuto; elegge o dichiara il domicilio, oppure dichiara la residenza, se non l'abbia fatto in citazione. Il convenuto, nella stessa udienza, elegge o dichiara il domicilio o la residenza al medesimo modo dell'attore e deduce, anche oralmente, la risposta. Il pretore può concedergli rinvio ad altra udienza per fare la risposta e presentare i documenti che gli occorrano a difesa (articolo 415). Il rinvio della causa dalla prima ad una seconda udienza può essere ordinato d'uffizio, se non sia presente una delle parti e consti al pretore che essa sia impedita *per forza maggiore e notoria.* Può parimenti essere ordinato nel caso d'assenza del convenuto, se *in qualunque modo* il giudice sia informato ch'egli non potè avere notizia della citazione. Nella quale ipotesi il pretore ordina insieme al rinvio la rinnovazione della citazione per l'udienza destinata (articolo 442).

488. In questi giudizi il cancelliere compila un vero e proprio processo verbale dell'udienza, distinto per ciascuna causa (art. 416). Nel processo verbale della prima udienza si riferiscono le dichiarazioni di residenza o domicilio, o le elezioni di domicilio, si fa menzione dei mandati, se le parti compariscano a mezzo di rappresentanti, si espongono le domande e difese dedotte oralmente. Con questo processo verbale viene iniziata la formazione di un apposito fascicolo a cura e custodia del cancelliere, nel quale vanno inseriti mano a mano i successivi processi verbali della causa, compresi quelli delle prove, le ordinanze, i relativi rapporti dei periti, ecc. I documenti da ciascuna parte presentati nel proprio interesse, la citazione, le comparse di cui faremo cenno, si raccolgono da ognuno dei litiganti in un fascicolo proprio consegnato al cancelliere dopo chiusa la discussione, e indi ritirato dopo la pubblicazione della sentenza (art. 12 del regolamento per l'esecuzione della legge 11 gennaio 1880 ed art. 14 del regolamento per l'esecuzione della legge 29 giugno 1882; capov. dell'articolo 421 del codice e art. 196 del regol. gen. giudiziario).

489. La risposta del convenuto può anche essere presentata in forma di comparsa, sottoscritta dalla parte o dal suo rappresentante; in questo caso si redige in doppio esemplare, che il pretore

Digitized by Google

deve firmare, consegnandone uno all'attore, restituendo l'altro al convenuto; nel processo verbale ne vien fatto semplice cenno (articolo 416). Il pretore, presa conoscenza della domanda e della risposta e sentite le ulteriori ragioni ed eccezioni delle parti, procura di conciliarle. Se la conciliazione abbia luogo se ne fa risultare da apposito verbale sottoscritto anche dalle parti (art. 417), le quali a tal uopo deggiono essere presenti in persona o per mezzo di mandatario speciale. Questo verbale ha forza di contratto, ricevuto da un pubblico uffiziale (il cancelliere) a ciò autorizzato. Per conseguenza potrà valere come un contratto ricevuto da notaro, anche per l'effetto della esecuzione forzata. Ciò è da ritenere in analogia alle regole vigenti per le composizioni stipulate dinanzi ai conciliatori (v. n. 524), essendo facile riflettere che dinanzi al pretore non può avvenire conciliazione che sopra una controversia la quale sta nei confini della di lui competenza; e perciò il processo verbale relativo prende il posto della sentenza.

Se non riesca la conciliazione possono essere chiesti e dal pretore accordati uno o più rinvii, per la presentazione di comparse (risposte, repliche, controrepliche, ecc.), o per la deduzione orale delle istanze o difese ulteriori che vengono registrate in tal caso nei processi verbali delle udienze (art. 418). La comunicazione dei documenti può aver luogo per mezzo di *copie*, se si tratti di scritture originali; le copie comunicate devono però prima venir verificate dal pretore sugli originali, col concorso del cancelliere, in presenza delle parti; il pretore firma l'originale e la copia (art. 419).

490. Se il convenuto voglia chiamare in causa un garante, deve dichiararlo nella *prima risposta* (non *nella prima udienza*, se in questa si limiti a chiedere rinvio); il pretore gli accorda un termine, e destina nuova udienza. Se la dichiarazione non sia fatta nella prima risposta, la causa di garantìa rimane separata dalla principale: lo stesso ha luogo se la citazione del garante non si eseguisca nel termine stabilito (art. 422).

491. Chi abbia interesse nella causa può intervenirvi fin che non sia dal pretore dichiarata chiusa l'istruttoria (v. n. 496). Così, fino a tale momento una delle parti può promuovere l'intervento coatto del terzo a cui creda comune la controversia; in tal caso deve farne dichiarazione nel processo verbale, ottenendo dal pretore l'assegnazione di un termine per la citazione del terzo (art. 423).

492. Sulle proposte delle prove, in genere, se le parti sono d'accordo, il pretore provvede all'esecuzione con *ordinanza;* se fra loro sorgono controversie in proposito, sono decise con sentenza. Il procedimento essendo sommario, la discussione di qualunque incidente

Digitized by Google

è sempre unita a quella del merito a meno che le parti si astengano concordemente dal trattare di questo. In particolare poi, riguardo alle singole specie di prove, si osservano le norme qui appresso indicate, dovendosi inoltre ricordare che è permessa la delegazione di altro pretore quando ne faccia bisogno (art. 434).

Dei processi verbali delle udienze e delle prove, delle relazioni di periti, ecc., la parte che intende valersene non è tenuta ad offrire copia in comunicazione nel giudizio, servendo tanto alla discussione fra i contendenti come all'esame del magistrato gli originali raccolti nel fascicolo di cui si è già detto (art. 435).

493. Gli interrogatori sono proposti oralmente o per iscritto. Se l'ammissione non è contestata, il pretore assegna l'udienza per eseguirli, o vi fa luogo immediatamente se la parte da interrogare si trovi presente. Occorrendo di ammettere con sentenza una prova stata proposta oralmente, spetta al pretore di articolare con precisione i fatti che ne formeranno oggetto (art. 424).

Il giuramento decisorio si deferisce dalla parte personalmente od all'udienza o colla sottoscrizione della comparsa; può anche essere proposto a mezzo di mandatario speciale. La formola deve essere precisata dal proponente; se la propone oralmente, sarà ridotta in iscritto nel processo verbale dell'udienza. La parte a cui è deferito può chiedere termine per fare osservazioni sulla formola o sull'ammissione del giuramento. L'ammissione dee aver luogo per sentenza o per accettazione fatta personalmente od a mezzo di procuratore speciale (art. 425).

La prova testimoniale è proposta pure per iscritto od oralmente; in quest'ultimo caso, nella sentenza o nell'ordinanza che l'ammette, il giudice determina i fatti da provarsi (art. 426). La citazione dei testimoni è fatta di regola per viglietto; ma se risiedano nel comune l'usciere può invitarli verbalmente a comparire nel giorno dell'esame; del che, sovra sua attestazione, si farà cenno nel processo verbale dell'esame (art. 427).

Per esaminare testimoni, per l'interrogatorio, il giuramento, ecc., il pretore fissa, nell'ordinanza o nella sentenza, l'udienza in cui deve compiersi l'atto d'istruzione (art. 420). Questa disposizione ha decisiva importanza per risolvere una questione a lungo dibattuta, se cioè la prova testimoniale davanti il pretore sia soggetta al termine perentorio di cui nell'art. 232. La più autorevole giurisprudenza è ormai ferma nel concetto che la prova debba essere eseguita nel giorno fissato dal pretore, e così la prova contraria, senza riguardo all'osservanza del termine di trenta giorni prefisso con la citata disposizione; si dovrà quindi stimare legittima anche la proroga determinata a

Digitized by Google

discrezione del giudice, sia d'uffizio o sia per istanza di parte, non essendovi divieto nella legge. Considerando però che il capoverso dell'art. 418 dichiara in genere non potersi i termini prorogare che una volta soltanto, conviene ritenere che una *seconda proroga* del primo termine a norma dell'art. 320 non possa essere accordata se non nelle condizioni previste dal capoverso dell'art. 47. Questa soluzione a parer nostro è la più semplice e corretta ed armonizza perfettamente col sistema generale del giudizio davanti le preture.

494. Disponendo una perizia, il pretore stabilisce anzitutto, nell'ordinanza o nella sentenza, il giorno per il giuramento del perito. Se questi, dietro invito privato della parte più diligente, non si presenti, è citato nella forma stabilita pei testimoni; e se malgrado ciò ancora non si presenti, ne vien nominato un altro. Nel dì della prestazione del giuramento il pretore dà comunicazione al perito della sentenza o dell'ordinanza con cui è stata disposta la prova. La relazione del perito è fatta oralmente o per iscritto, secondo che il pretore abbia stabilito. Nel primo caso il pretore destinerà l'udienza in cui deve farsi, nel secondo il perito la deposita in cancelleria seguendo le norme che il giudice avrà determinate (art. 428). Sebbene il testo parli di *perito*, non si può escludere che sia lecito, col consenso delle parti, formare un collegio di periti.

L'accesso giudiziale è ordinato quando convenga, secondo le norme già note; se vi faccia mestieri l'assistenza di un perito si applicano alle operazioni del medesimo le regole testè indicate (art. 429).

495. Per la verificazione delle scritture, previo deposito nella cancelleria del documento, si procede nelle forme stabilite per l'analogo incidente davanti i tribunali (art. 430). Per la querela di falso, è richiamata dall'art. 431, la disposizione all'art. 406 (v. n. 433). Se vi è da discutere su un rendiconto il pretore può rimettere le parti innanzi ad un arbitro conciliatore (art. 432), come fu detto al n. 431; il provvedimento qui è ammesso anche nelle materie civili.

496. Quando il pretore ravvisi la causa *sufficientemente istruita* o la parte cui spetterebbe di rispondere dichiari di non volerlo fare, si chiude il contraddittorio per far luogo alla sentenza, la quale può essere pronunziata nella stessa udienza della chiusura od in altra prossima all'uopo stabilita dal giudice (art. 421). In questo caso il differimento non potrà aver luogo oltre la quarta udienza (art. 197 regol. giudiz.).

La disposizione dell'art. 421 che rimette al pretore di riconoscere se la causa sia sufficientemente istruita, gli conferisce implicitamente la speciale facoltà di riaprire il contraddittorio anche se le parti abbiano consentito alla chiusura, qualora dallo studio degli atti egli

Digitized by Google

rilevi il bisogno di istruttoria ulteriore. Dovrà per altro deliberare su ciò mediante *sentenza*, affinchè sia possibile alla parte che se ne ritenga gravata di interporre appello.

497. Per la deliberazione e la redazione della sentenza del pretore sono dettate poche e semplici discipline; il che se da un lato è d'intuitiva ragione trattandosi di giudice singolo, dall'altro autorizza a credere che non possa mai farsi luogo ad annullamento di tale sentenza, mancandone comminatoria nella legge. Troviamo invero semplicemente stabilito che il pretore pronunzia la sentenza e la sottoscrive insieme al cancelliere il quale poi la pubblica (v. art. 366) alla udienza stabilita (art. 436 e 437). È ancora più anomalo qui nell'articolo 436 che nell'art. 157 vedere minacciate pene disciplinari al cancelliere *che ha firmata la sentenza*, se trattandosi di causa commerciale non ne è fatta menzione nell'intitolazione, mentre niuna parte è riserbata dal codice o dal regolamento al cancelliere della pretura, nella compilazione della sentenza.

498. Il principio che la notificazione sia il solo mezzo per portare la sentenza a legale notizia delle parti non vale rispetto a quelle dei pretori. Dispone il citato articolo 437 che se la pubblicazione avvenga *alla presenza personale di tutte le parti* essa tiene le veci di notificazione. Ciò per l'effetto di far decorrere i termini utili al reclamo in appello od altrimenti. La chiara significazione del testo stabilisce fuori da ogni dubbio: 1° che la presenza dei procuratori non produce il risultato della notificazione; 2° che se una od alcuna delle parti soltanto sia presente in persona, non vi ha notificazione per nessuno; 3° che se più sono gli attori od i convenuti, ecc., occorre la presenza personale di ciascun attore e di ciascun convenuto, ecc., senza di che non v'ha per nessuno notificazione. L'atto di pubblicazione deve contenere la menzione se tutte le parti siansi trovate presenti personalmente e ne fa piena fede.

Se non sia surrogata a questo modo, la notificazione si eseguisce nelle forme ordinarie (v. n. 449); il luogo in cui la si effettua è quello dichiarato od eletto come residenza o domicilio in principio di causa (v. n. 487); qualora non sia stata adempiuta tale formalità, la notificazione si compie mediante affissione per opera dell'usciere della copia della sentenza alla porta esterna della sede della pretura (citato art. 437).

Nella sentenza è fatta la tassazione delle spese, rispetto alle quali valgono in genere le regole degli art. 370 a 374. È lasciata una certa latitudine di arbitrio al pretore nel proposito (art. 439); fu espresso più volte, ma finora invano, il desiderio che in questa parte le discipline della legge fossero modificate in guisa da servire efficacemente

Digitized by Google

come antidoto al male del *faccendierismo*, già dianzi lamentato (nota al n. 487).

499. Delle ordinanze che occorrono in corso di giudizio abbiamo fatti ripetuti cenni. L'art. 438 stabilisce in via generale che questi provvedimenti sono scritti di seguito nel processo verbale dell'udienza e sono pubblicati come le sentenze; la pubblicazione tiene le veci di notificazione anche se le parti *non siano personalmente presenti;* il che significa bastare la presenza dei loro rappresentanti, non già valere per notificazione la pubblicazione fatta *in assenza delle parti e dei loro rappresentanti insieme.*

Però, soggiunge il testo citato, se si tratti di ammissione di un interrogatorio o di un giuramento, l'ordinanza dev'essere notificata alla parte che dovrà in forza di essa presentarsi a rispondere o giurare; se essa siasi trovata presente *in persona* alla pubblicazione, non occorre altrimenti che le sia notificata.

500. La contumacia si accerta all'udienza, salva la eccezionale disposizione dell'art. 442 ricordata nel precedente n. 487. Se i convenuti siano parecchi, devesi osservare la regola dell'art. 382 nel caso di non comparizione d'alcuno fra quelli non citati in persona. E quindi viene rinviata l'udienza ad altro giorno che il pretore destina. Si provvede così anche quando vogliasi rinnovare la citazione allo scopo facoltativo di prevenire l'uso della opposizione (v. n. 463). In una ipotesi come nell'altra, tien luogo di nuova citazione al contumace la notificazione che gli sia fatta, nel termine stabilito dal pretore, di copia del processo verbale d'udienza, contenente l'ordinanza di rinvio (art. 440 e 441). Alla contumacia dell'attore si applica l'art. 381 (vedi n. 470).

CAPO II.

Azioni possessorie e di nunciazione.

501. Dell'importantissimo tema da cui si intitola il presente capo noi parliamo soltanto dal punto di vista della procedura, rispettando completamente i dominii del diritto civile nei quali ha bisogno di compiere lunghe e diligenti escursioni chi voglia acquistare intorno alle azioni possessorie nozioni precise e complete.

Ricordiamo in primo luogo quanto dicemmo altrove circa la natura di queste azioni (n. 16), la giurisdizione esclusiva data sulle medesime ai pretori (n. 136), il tempo in cui deggiono essere esercitate (*ibid.*), le norme della competenza per territorio (n. 156).

Due sono le specie delle azioni possessorie ed altrettante quelle delle azioni di nunciazione. Volendo tenere separato il discorso sulle

Digitized by Google

due prime da quello intorno alle altre, accenniamo come gli art. 694 e 695 del codice civile riducono, sull'esempio del codice albertino, le molteplici azioni possessorie dell'antico diritto alle due classi della manutenzione e della reintegrazione. Colla prima si protegge la conservazione del possesso legittimo ed ultra-annuale; mercè la seconda ricupera il possesso chi ne fu occultamente o violentemente spogliato, quali che siano il titolo e il tempo del possesso medesimo.

Le due azioni, aventi cause e fini distinti, vestono qualità proprie e dissimili; però nei riguardi del procedimento sono sottoposte a regole comuni. Soltanto per le azioni di reintegrazione, va tenuto conto di quanto dispongono gli art. 696 e 697 del codice civile. Il primo dei quali, pur prescrivendo la *citazione* della controparte, vuole che il giudice ordini la reintegrazione *sulla semplice notorietà del fatto* (prescindendo quindi dal rigore degli sperimenti probatorii normali), e *con la maggiore celerità di procedura*, fosse anche contro il proprietario della cosa. Il secondo, appunto in considerazione del carattere della reintegranda, ha cura di dichiarare che l'esercizio della medesima non esclude quello di altre azioni possessorie, da parte *di qualunque legittimo possessore.*

502. Il codice di procedura non indica per le azioni possessorie riti differenti da quelli per le altre cause stabiliti. La citazione si fa a udienza fissa, con termine abbreviato ove bisogni; si eseguiranno accessi, perizie, si sentiranno testimoni, ecc., istruendo e decidendo la lite colla rapidità che le conviene ma senza decampare dall'osservanza delle forme ordinarie.

Sono invece assai importanti le disposizioni sugli effetti della instaurazione del giudizio possessorio e sulle relazioni tra l'azione possessoria e la petitoria.

È principio da lungo tempo pacifico nella dottrina e nelle leggi che il giudizio possessorio deve procedere affatto indipendente e separato dal petitorio, onde gli elementi del secondo non influiscano sul primo, turbandone l'andamento ed impedendogli di conseguire il suo scopo (1). Qualunque sia l'apprezzamento che la critica scientifica più moderna possa fare di questo dogma del diritto giudiziario, è chiaro che una volta accolto il medesimo nella legge, diventa inammissibile l'esistenza simultanea, quantunque separata, dei due giudizi, che sarebbero fra loro connessi per identità di persone e di cosa, ma che pur tuttavia non sembrano suscettibili di unificazione processuale,

(1) È però ammessa ormai la facoltà di produrre e discutere nel giudizio possessorio i titoli della proprietà, in quanto questo giovi *ad colorandam possessionem.*

Digitized by Google

attesa la radicale diversità, talvolta l'antagonismo, degli obbiettivi, e la differentissima posizione delle parti in ordine alla prova. Su questo ultimo punto è infatti da notare che se colui il quale sofferse spoglio o turbativa si limita a chiedere la tutela del possesso, egli non avrà bisogno di fornire veruna prova, oltre quella della materiale realtà del fatto; ed ottenuto l'intento aspetterà di piè fermo l'avversario sul terreno del petitorio dove toccherà a costui di produrre le prove minute e precise del diritto. Se invece lo stesso spogliato o turbato vuole provocare l'avversario nel campo del petitorio, è su di lui che incombe l'onere di dimostrare il diritto.

503. Pertanto, *chi ha istituito il giudizio petitorio non può più promuovere il giudizio possessorio* (art. 443). S'egli ha assunto l'onere di provare il suo diritto non può infatti ormai prevalersi della meno gravosa posizione in cui l'avrebbe collocato l'iniziamento dell'azione possessoria. Finito il giudizio petitorio, o per sentenza o per rinunzia all'azione, la questione possessoria diventerebbe poi inutile od insostenibile; *inutile*, se l'attore ha ottenuta vittoria; *insostenibile*, se per contrario è rimasto soccombente od ha rinunziato alla sua pretesa.

Il divieto dell'art. 443 contempla l'azione possessoria che avrebbe potuto essere iniziata nel tempo e per le cagioni che determinarono il giudizio petitorio. Suppongasi invece che pendente la causa petitoria si producano a danni dell'attore *fatti nuovi* i quali turbino altrimenti il suo possesso o lo facciano vittima di spoglio violento o clandestino. Dovranno codesti arbitrii godere impunità, sotto il pretesto che pendente il petitorio non si fa luogo ai rimedi possessorii? Un simile concetto non sembra conforme a giustizia. Pur tuttavia essendo necessario evitare la coesistenza dei due giudizi per le ragioni di sopra enunciate, la legge, con accorto temperamento, qualifica codeste questioni possessorie dipendenti da *fatti posteriori* come *incidenti* del giudizio petitorio già istituito, e sottraendole alla speciale competenza del pretore le rimette al giudizio del magistrato davanti al quale pende la causa. Esso, col metodo della procedura incidentale, darà quei provvedimenti di indole precaria che saranno adatti alle emergenze (art. 444). Parve nullameno all'attenta considerazione del legislatore che da questo temperamento un danno potesse derivare, quello di non conferire bastante sollecitudine alla *reintegrazione* nel caso di attentato violento o clandestino. È però, sovratutto geloso della tutela dell'ordine pubblico, prescrisse che, nella ipotesi di un consimile attentato sopraggiunto in corso di causa petitoria, provveda il pretore *per la pronta reintegrazione* e rimandi poi le parti avanti il giudice della causa principale per le discussioni a cui il suo provvedimento dovesse prestare materia (capov. art. cit.). Reputiamo

Digitized by Google

quindi che al pretore si debba riconoscere in questo caso una giurisdizione analoga a quella del presidente o del giudice delegato nei comuni procedimenti incidentali. Egli provvederà in contraddittorio delle parti od anche in contumacia del citato, con ordinanza esecutiva malgrado reclamo; e rimanderà ad udienza fissa avanti il giudizio competente, per la decisione definitiva, alla stessa guisa che nel caso di cui ci occupiamo più oltre nel n. 512.

504. Il convenuto in giudizio petitorio non è colpito dal divieto dell'articolo 443. Ed è facile capire che il convenuto in petitorio può essere lo stesso possessore turbato o spogliato; laonde ha molta importanza il quesito se egli possa, malgrado il giudizio petitorio avviato dal turbatore o spogliatore, giovarsi contro costui dei rimedi possessori. Rispondiamo colle seguenti parole della relazione Pisanelli, le quali gettano qualche luce nella oscurità lasciata dai testi del codice: « La negativa non può ammettersi in modo assoluto. Se il convenuto fu spogliato del possesso, il giudizio petitorio promosso dall'attore non può impedirgli nè ritardargli la reintegrazione nel medesimo; *spoliatus ante omnia restituendus.* Però, se egli accetta il giudizio petitorio senza farvi opposizione, senza promuovere l'azione possessoria, non potrà successivamente rinvenire sul proprio fatto col quale ha tacitamente rinunziato al benefizio del possessorio *(1).* Qualora il convenuto sia soltanto stato turbato nel suo possesso, ma gli atti turbativi continuino ancora nei loro effetti, per modo che possa tuttavia ridondargli un vantaggio dal giudizio possessorio, l'azione petitoria promossa dal turbatore non potrà impedirgli di far decidere anzitutto la quistione possessoria davanti la autorità competente, salvochè v'abbia espressamente o tacitamente rinunziato. Negli altri casi, il giudizio petitorio viene naturalmente ad escludere il possessorio anche nei rapporti del convenuto; nè egli ha motivo di dolersi di essere privato dell'azione possessoria, poichè in qualità di convenuto nel petitorio ne ha già il principale benefizio, cioè il discarico della prova ».

Del rimanente, la disposizione generale dell'art. 444 si riferisce per certo non meno al convenuto che all'attore; rimette cioè al giudice del petitorio la decisione in via incidentale sui reclami relativi al possesso *per fatti posteriori* alla domanda, qualunque delle parti sia reclamante.

---

(1) La *rinunzia tacita* si fa consistere, secondo l'opinione dei giuristi, nel fatto di avere contestata senza riserve la lite in sede petitoria. È pur da osservare che in pratica difficilmente occorre l'applicazione di queste regole.

Digitized by Google

505. Vediamo ora quale influenza abbia sull'azione *petitoria* la preesistenza del giudizio possessorio.

Il convenuto, l'autore cioè della turbativa o dello spoglio, non deve essere ammesso ad esercitare l'azione petitoria, fin che pende il giudizio sul possesso. Questa è logica e necessaria conseguenza del principio più innanzi enunciato. Soltanto dopo finito per recesso, perenzione o sentenza, il giudizio possessorio, potrà il convenuto, se lo creda, promuovere il petitorio. Ma se la sentenza in sede possessoria sia stata a lui contraria, non avrà mercè di essa riacquistata la libertà di agire, se prima non le abbia data *esecuzione;* di siffatta regola la giustizia è più presto sentita che dimostrata: chi è riconosciuto colpevole di una violazione dell'altrui diritto non può neppure per via indiretta sottrarsi alle conseguenze della condanna a proprio carico pronunziata. È pertanto non meno equa che corretta la disposizione in questi sensi formolata nel primo alinea dell'articolo 445.

Per altro non deve il vincitore del giudizio possessorio avere facoltà di eludere od inceppare il diritto che ha il soccombente di esercitare l'azione petitoria dietro l'adempimento dei suoi obblighi predetti. E gli ostacoli da parte del vincitore possono specialmente verificarsi, quando — come avviene nel più dei casi — siavi nella sentenza sul possessorio la condanna al rifacimento dei danni derivati dalla molestia o dallo spoglio, e la liquidazione sia rimessa ad altra sede. È manifesto che tenendo in sospeso il vincitore l'iniziamento degli atti per la liquidazione, potrebbe indefinitamente protrarre uno stato di fatto forse contrario alle ragioni del diritto. Pertanto, è determinato nel primo e nel secondo capoverso del citato articolo, che quando la esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore che sia in mora a far liquidare l'importo delle condanne ottenute, il soccombente citandolo davanti l'autorità giudiziaria competente per il giudizio petitorio, può fargli assegnare un termine, scaduto il quale potrà senz'altro essere instaurata l'azione petitoria. Anche meglio avrebbe provveduto la legge con una più semplice disposizione, statuendo che gli indugi del vincitore non ritardano mai, nel caso indicato, l'iniziamento dell'azione petitoria.

506. L'ultimo capoverso del medesimo art. 445 statuisce: « L'attore in giudizio possessorio, finchè questo è pendente non può promuovere il giudizio petitorio, salvo che rinunzi agli atti e paghi o depositi le spese ». La *rinunzia agli atti* è il semplice abbandono *della domanda* e non anche *del diritto.* Mentre in generale (v. n. 684) occorre alla sua efficacia l'*accettazione* della contro-

Digitized by Google

parte, è da ritenere in questo caso speciale, secondo le espressioni del testo, che siffatto elemento non richieggasi. In verità giusta le osservazioni precedenti, la mutata risoluzione dell' attore giova al convenuto, assumendosi il primo l'onere della prova della proprietà, laonde non ha il secondo alcun interesse ad opporvisi.

Avvertasi che l'interesse dell'attore in possessorio a promuovere l'azione petitoria dopo la sentenza in quella sede pronunziata, si verifica di certo quando egli riesca ivi soccombente e può sussistere anche dopo la sua vittoria, la quale non gli toglie l'opportunità di far sentenziare sul diritto in modo definitivo per premunirsi contro ogni futura rinnovazione di molestie.

507. Le azioni di *nunciazione* sono quelle di *nuova opera* e di *danno temuto;* anch'esse dirette alla tutela di uno stato di fatto, producono effetti più precari e limitati delle azioni possessorie dalle quali differiscono in precipuo modo perchè hanno per oggetto indifferentemente la difesa della proprietà o del possesso. È noto del resto come codeste azioni in generale si ricongiungano ad un giudizio possessorio, ovvero ad uno petitorio, costituendone un preliminare od a norma dei casi un incidente; ed il loro carattere essenziale essendo conservatorio, ha una singolare affinità con quello dei sequestri. Tale è la ragione che spiega la sede data nel codice di procedura alle disposizioni processuali che le riguardano.

508. Riportiamo per amore di chiarezza i testi del codice civile pertinenti al nostro soggetto:

« Art. 698. Chi ha ragione di temere che da una nuova opera da altri impresa così sul proprio come sull'altrui suolo, sia per derivare danno ad un immobile, ad un diritto reale o ad un altro oggetto da lui posseduto, può denunziare al giudice tale nuova opera, purchè non sia terminata e non sia trascorso un anno dal suo incominciamento.

« Il giudice, presa sommaria cognizione del fatto può vietare la continuazione della nuova opera, ovvero permetterla ordinando le opportune cautele; nel primo caso, pel risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, quando le opposizioni al suo proseguimento risultino non fondate nella definitiva decisione sul merito; e nel secondo caso, per la demolizione o riduzione dell'opera e pel risarcimento dei danni che possa soffrirne il denunziante, se questi ottenga definitiva sentenza favorevole non ostante la permessa continuazione.

« Art. 699. Chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edifizio, da un albero, o da altro oggetto, sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da lui pos-

Digitized by Google

seduto, ha diritto di denunziare il fatto al giudice e di ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili ».

Importa di bene fissare, e la lettura di questi testi porge aiuto efficacissimo all'uopo, come il bisogno di una procedura celere ed energica sia sentito soltanto per conseguire, nei menzionati casi, un provvedimento preliminare diretto a scongiurare il pericolo od il danno, ovvero a guarentirsi contro le sue conseguenze future. La disputa sul diritto, superato questo primo stadio, non solo può essere fatta con tutto agio e coi metodi ordinari d'istruzione, ma deve seguire a stretto rigore le norme comuni della competenza, niun motivo giuridico consigliando di derogarne.

509. Ond'è che la competenza eccezionale dei pretori, decretata dall'art. 82 n. 3, non si estende al di là dell'indicato stadio di provvidenze preliminari; queste esaurite, cessa l'uffizio della giurisdizione speciale e sottentra l'applicazione delle ordinarie regole sulla competenza, determinate dalla specie della controversia; il che non esclude, naturalmente, che il giudizio possa proseguire al cospetto del pretore, se per ragione di valore, o per indole possessoria, sia di sua competenza.

Ma alla regola dell'art. 82 n. 3 fa una eccezione il capoverso dell'art. 938. Se penda fra le parti un giudizio che abbia *connessione* coll'oggetto della denunzia, questa si propone innanzi l'autorità investita del medesimo, colla forma di una domanda incidentale. È discutibile la bontà di questa disposizione, che non ci sembra favorevole alla celerità nè alla economia del provvedimento. Ad ogni modo è interessante prenderne atto, giacchè essa, in via di massima, scolpisce il carattere *incidentale* della nunciazione, rispetto al giudizio di merito cui d'ordinario precede.

510. La forma della denunzia di nuova opera o di danno temuto, quando essa sia di competenza del pretore, è per regola quella di ogni domanda: la citazione; e il provvedimento del giudice, previe le contestazioni del caso da eseguire anche in concorso di perito, è dato in contraddittorio delle parti. È però concesso in via straordinaria, di proporla mediante ricorso; su di esso il giudice provvede mediante *decreto;* qualora le circostanze lo permettano, il pretore ordina, prima di deliberare sul ricorso, la citazione dell'altra parte, anche ad ora fissa. Quando sia mestieri di effettuare un accesso, viene compilato il relativo processo verbale, che insieme a tutti i particolari concernenti l'oggetto della controversia e delle verificazioni eseguite, contiene eziandio i *provvedimenti d'urgenza* dati dal pretore sul luogo.

Digitized by Google

Così gli articoli 938 e 939. E l'art. 940 prosegue disponendo che: se il *provvedimento* del pretore è dato sovra ricorso e senza citazione dell'altra parte, il pretore stesso fissa il termine nel quale dev'essere notificata a quest'ultima la copia del ricorso e del *decreto*, colla citazione per comparire davanti l'autorità giudiziaria competente a pronunziare sulla controversia; — che se invece la controparte è stata sentita, od almeno citata, il pretore, dati i *provvedimenti temporanei* di ragione, *se non sia competente a pronunziare sul merito della controversia*, rinvia le parti davanti l'autorità giudiziaria competente.

Sarebbero codeste regole abbastanza chiare e facilmente attuabili, se un punto non restasse grandemente incerto: quale sia la natura del *provvedimento* che il pretore emana nelle distinte ipotesi menzionate dall'art. 940. Questa disputa è delle più importanti, poichè, a seconda che essa viene risoluta, si determina se e quando il provvedimento sia appellabile. Su di che la giurisprudenza è divisa e neppure gli scrittori sono concordi.

511. La dottrina prevalente, e a nostro avviso più accettabile, perchè conforme alla logica ed al testo della legge, si fonda sovra talune indispensabili distinzioni.

Se il pretore pronuncia *senza contraddittorio*, egli, a sensi del primo alinea dell'art. 50, emette un *decreto*, provvedimento che non può mai acquistare per sè medesimo autorità di regiudicata e che in confronto del terzo non udito in giudizio, a carico del quale si eseguisce, non può rappresentare una pronunzia definitiva. In questo caso, a tenore del primo alinea dell'art. 940, il pretore prescrive alla parte che provocò il decreto, di iniziare subito dopo il contraddittorio; nè si ammette distinzione fra il caso che la controversia sia di competenza del pretore stesso o del tribunale. Abbiamo adunque in questa forma di procedura un parallelo perfetto con quella stabilita pel sequestro conservativo. Il primo provvedimento urgente si dà *inaudita altera parte;* poi ne viene discussa in contraddittorio la legittimità; la discussione pone capo ad una sentenza, la quale colla autorità sua conferma e convalida il decreto, ovvero lo revoca se ciò è di giustizia. Tale procedimento, lo ripetiamo, si svolge in identico modo se il contraddittorio posteriore al decreto appartenga alla competenza del pretore o se appartenga a quella del tribunale.

512. Quando invece il provvedimento *sia preceduto da citazione*, una nuova distinzione va curata, ed è lo stesso art. 940 nel primo capov. che indirizza a farla, sebbene non se ne trovi in esso tutto il desiderabile chiarimento. La controversia *di merito* può essere di *competenza del pretore*, pel suo valore, o perchè si tratti

Digitized by Google

di questione possessoria; può invece essere, come causa petitoria e per ragione di valore, di competenza del tribunale. Nel primo caso, la discussione avvenuta anteriormente alla emanazione del provvedimento può essersi limitata *al solo incidente della denunzia* od avere abbracciata *tutta la controversia;* ma il pretore, decidendo sulle rispettive istanze delle parti, deve ad ogni modo proferire una *sentenza*, che a norma dell'una o dell'altra ipotesi ora accennata e della maturità ch'egli abbia riconosciuto alla istruttoria, sarà *incidentale* o *definitiva.* Ad ogni modo diciamo che deve essere una sentenza; perchè, come altrove fu dimostrato (n. 58), il pretore, sovra una *controversia* dinanzi a lui discussa e di sua competenza, non pronunzia altrimenti che mediante *sentenza*, vale a dire, con deliberazione suscettiva d'appello. — E ciò ancora serve a giustificare come il capov. primo dell'art. 940 non parli in questa ipotesi di alcun *rinvio;* pronunziando il pretore sentenza incidentale, oppure definitiva, non può avere altrimenti motivo di rinviare il contraddittorio. — Nel secondo caso supposto, invece, e cioè quando la causa pel merito sia di competenza del tribunale, la funzione del pretore, è quella di proferire, *in contraddittorio*, un provvedimento intorno al quale le parti potranno discutere successivamente dinanzi al collegio. Tale provvedimento è adunque una *ordinanza* (capov. primo dèll'art. 50); in altri termini, il pretore provvede coll'autorità e la giurisdizione di un presidente o di un giudice delegato; l'urgenza giustifica la esecutorietà del provvedimento (articolo 182 del codice); ma esso è soggetto a *reclamo;* ed è al collegio che spetta di pronunziare su questo, mediante *sentenza* (a sua volta appellabile) la conferma o la revoca, sostituendo alla deliberazione interinale quella definitiva capace di acquistare l'autorità di regiudicata. Dalla ordinaria procedura incidentale a questa, — salva la diversità del giudice, — non v'ha che un punto di divario: nei comuni incidenti, il collegio delibera sovra i provvedimenti dati d'urgenza dal presidente, solo quando vi sia *reclamo;* qui il rinvio al collegio è sempre necessario. Ma è necessario, non già perchè *de jure* vi sia e si debba decidere un reclamo, cosa non concepibile a rigore di logica; bensì per l'altro diverso motivo, che dopo il provvedimento del pretore resta sempre da discutere la questione di merito, la quale appunto forma costantemente lo scopo e l'oggetto del rinvio. Il reclamo dall'ordinanza ne è un oggetto soltanto *eventuale;* se la parte gravata non si lamenta, ma acquetandosi all'ordine dato si limita a discutere il merito, la sentenza definitiva confermerà necessariamente l'ordinanza, o prenderà atto dell'accettazione seguitane, senza pregiudizio della questione relativa al merito.

Digitized by Google

A corroborare poi la dimostrazione che nell'ultimo dei casi analizzati trattasi veramente d'una ordinanza e d'un procedimento incidentale, concorre con una certa efficacia il capoverso dell'art. 938, come si indicò al n. 509.

513. Per completare i cenni relativi all'argomento, ricordiamo le disposizioni contenute nel terzo e nell'ultimo capoverso dell'articolo 940.

Se il pretore abbia imposto l'obbligo di una cauzione a carico della parte istante perchè possa ottenere la sospensione dell'opera, od a carico dell'altra perchè la possa continuare, il suo provvedimento non deve ricevere esecuzione se non dopo prestata la cauzione dall'obbligato.

Se poi il pretore abbia prescritta la sospensione dell'opera denunziata e la parte non obbedisca, può egli stesso, sopra nuova istanza dell'interessato, ordinare la riduzione delle cose al pristino stato.

Digitized by Google

TITOLO X.

PROCEDIMENTI DAVANTI AI CONCILIATORI

CAPO I.

Procedimento contenzioso.

514. La legge sull'ordinamento giudiziario (articolo 28), conferisce due specie di attribuzioni ai conciliatori: quella di decidere le liti che sono di loro competenza; quella di interporsi, se richiesti, per conciliare una qualunque controversia senza distinzione di materia o valore. Parliamo qui della loro giurisdizione contenziosa e nel seguente capo di quella conciliativa.

La materia del procedimento davanti ai conciliatori è oggi regolata dalle leggi 16 giugno 1892 e 28 luglio 1895, non che dal regolamento approvato con regio decreto 26 dicembre 1892, e dagli articoli 448 a 464 del codice di procedura, in quanto non sono stati modificat dalle citate più recenti disposizioni.

Le norme procedurali sono in parte comuni a tutti i giudizi, in parte invece diverse secondo che si tratta di cause di valore inferiore o superiore a cinquanta lire.

515. Sono norme comuni quelle relative al procedimento, che è sommario, cioè a udienza fissa, e alla citazione che è per biglietto. Per il principio stabilito nel codice di procedura (art. 448) « davanti « i conciliatori i giudizi sono spediti senza formalità; le domande e le « difese sono esposte verbalmente ». E in coerenza a tale principio, lo stesso codice (art. 455) dispose: « non si fa alcun atto o processo « verbale dell'istruzione, eccettuati i casi indicati negli articoli prece- « denti (1) e quello in cui sia impugnato come falso un documento ».

(1) Il testo qui allude all'art. 452 in cui è prescritta la redazione del processo verbale di prestazione del giuramento ed all'articolo 454 in cui è disposta la pronunzia di ordinanza per l'esecuzione di una perizia o di un accesso, o per prescrivere un supplemento di prova testimoniale.

Digitized by Google

Questa estrema semplicità di forme, o per meglio dire questa assoluta applicazione del sistema della oralità traeva la sua ragione dalla circostanza che il conciliatore, nell'esercizio dell'antica ristrettissima sua competenza (v. n. 134) pronunziava *ex bono et aequo*, senza obbligo di motivare in diritto le sentenze e senza controllo di riesame in appello sul merito delle sue decisioni; laonde sarebbe riuscito superfluo il conservare memoria della istruzione in atti giudiziali di complicata e forse costosa redazione. Ma accresciuta ed estesa la competenza, e stabilita l'appellabilità delle sentenze pronunziate nelle controversie di valore superiore a lire cinquanta, era pur necessario provvedere al modo che il magistrato d'appello potesse acquistare esatta conoscenza dello svolgimento della lite e non solo della sentenza del conciliatore. Così si spiega la innovazione portata con la legge del 1892 (art. 18), la quale stabilì: « Nelle cause di valore superiore « alle lire cinquanta sarà sempre redatto il processo verbale dell'istru- « zione. — Gli originali e le copie delle sentenze, i verbali d'udienza, « i decreti e tutti gli atti di qualsiasi natura, sono scritti su carta « da una lira. — Resta però ferma la citazione per biglietto, giusta « l'art. 133 del codice di procedura civile. — Per le cause di valore « inferiore alle lire cinquanta, nulla è innovato all'articolo 455 del « codice suddetto » (1). In altre parole, il giudizio si svolge oralmente, ma la oralità non impedisce che rimangano traccie complete e fedeli della trattazione contenziosa nei processi verbali, i quali, a giudizio ultimato, costituiscono il processo scritto, sulla scorta del quale viene agevolato e meglio guarentito il riesame della controversia in appello. Ne consegue, sebbene la legge espressamente non lo dica, che sia obbligato il conciliatore, nelle cause di valore superiore a cinquanta lire, a giudicare secondo il diritto e a motivare la sentenza.

516. All'udienza indetta nella citazione, od a quella in cui le parti volontariamente compariscano, l'attore presenta i documenti che giustificano la sua domanda; il convenuto può chiedere rinvio per rispondere o per presentare documenti (art. 450). Se egli voglia porre in causa un garante deve citarlo a comparire alla prima udienza, o può ottenere in questa dal giudice un congruo rinvio per citarlo. Altrimenti l'azione di garantìa resta separata dalla principale (articolo 449).

(1) Per conseguenza fu anche reso necessario provvedere per la concessione del gratuito patrocinio nelle liti di competenza dei conciliatori, nei casi di povertà; a ciò diede assetto l'art. 19 della legge del 1892, estendendo a questa materia le norme vigenti per i giudizi pretoriali.

Digitized by Google

I documenti presentati sono esaminati subito dal conciliatore il quale ascolta le osservazioni e le difese delle parti; egli ha sempre l'obbligo di procurare la conciliazione del litigio; se riesce, ne fa redigere opportuno atto (v. n. 524); se non riesce, ne viene fatta menzione nel processo verbale d'udienza, quando la causa oltrepassa il valore di cinquanta lire; o altrimenti, nella sentenza (art. 9 della legge 16 giugno 1892).

Le parti devono comparire personalmente o a mezzo di procuratore speciale; il rappresentante deve essere espressamente autorizzato *a transigere e conciliare* (art. 13 del regolamento 26 dicembre 1892 e art. 1 della legge 28 luglio 1895); però il conciliatore può sempre ordinare la comparizione personale delle parti, se reputi che ciò giovi sia all'esperimento della conciliazione, sia ad ottenere schiarimenti sui fatti controversi. Quando le parti sono presenti in persona, gli interrogatorî ed i giuramenti riconosciuti ammessibili si esauriscono immediatamente; del giuramento prestato si redige in ogni caso (come fu avvertito dianzi) apposito processo verbale. Se occorra di esaminare testimoni, il conciliatore determina il giorno dell'esame che può ricevere poi una breve dilazione qualora le circostanze la giustifichino. Dopo il primo esame è conceduto di sentire altri testimoni; inoltre è permesso di far uso della prova per perito, e di eseguire qualunque verificazione sulle cose in controversia. Venendo ricusato un perito per *motivi di sospetto* che il conciliatore riconosca fondati, ne sarà nominato un altro (articoli 451, 452, 453, 454).

Se un documento è impugnato come falso si compila il relativo processo verbale e si provvede come già fu detto per l'ipotesi analoga rispetto ai giudizi di competenza dei pretori (art. 455); e del resto, dalle disposizioni stabilite per tali giudizi *prende norma*, in quanto siano applicabili, il procedimento ora in esame (art. 464).

517. La sentenza definitiva contiene la indicazione dei nomi e cognomi delle parti, delle loro residenze o dei loro domicili, delle rispettive domande ed eccezioni; ed espone altresì le *circostanze influenti* (1), oltre il dispositivo (art. 460). Il cancelliere del conciliatore (che è un funzionario della segreteria comunale, secondo l'art. 32

(1) Questa frase testuale, ma sibillina alquanto, della legge, deve essere intesa con riguardo all'anteriore ordinamento della competenza dei conciliatori e alla regola generale della inappellabilità delle loro sentenze, di cui fu fatto cenno dianzi (n. 515). Non sarebbe stato inopportuno, nella riforma del 1892, includere anche una disposizione relativa alla redazione delle sentenze, che meglio adattasse questo importante argomento al nuovo sistema dei giudizi.

Digitized by Google

della legge sull'ordinamento giudiziario e l'art. 3 della legge 28 luglio 1895), ne spedisce le copie a richiesta delle parti (art. 461). Poco opportunamente (forse per dimenticanza) non fu adottata anche qui la regola, stabilita per i giudizi dinanzi ai pretori (v. n. 498), che la sentenza pubblicata alla presenza personale delle parti si ha per notificata. Si deve anzi ritenere che per le sentenze del conciliatore non si faccia luogo alla formalità della pubblicazione; il che, se sostanzialmente importa poco, costituisce peraltro una disarmonia inesplicabile nel sistema generale della legge.

La sentenza incomincia a produrre effetti giuridici, fra le parti, dal momento della notificazione. Per le sentenze inappellabili, — sopra domande, cioè, di valore non superiore a cinquanta lire, — la forza esecutiva comincia ad operare *non immediatamente dopo* la notificazione, avendo voluto probabilmente il legislatore, con un riguardo determinato dal poco valore pecuniario della procedura, agevolare le esecuzioni volontarie. Risulta pertanto dalle disposizioni degli articoli 462 del codice di procedura e 16 della legge del 1892, che se si tratta di sentenza proferita in contraddittorio, o di sentenza contumaciale non soggetta ad opposizione (v. n. 574), la sentenza acquista forza esecutiva due giorni dopo la notificazione. Se si tratta poi di sentenza contumaciale soggetta ad opposizione, diventa esecutiva solo dopo spirato il termine per la medesima dalla legge assegnato (v. num. 576). Se poi si tratta di sentenza appellabile, — sopra domanda di valore superiore a cinquanta lire, — essa è sottoposta alla regola comune della sospensione dell'esecutorietà durante tutto il termine per appellare e durante il giudizio d'appello (art. 482 del codice). Possono tali sentenze essere dal conciliatore dichiarate provvisoriamente eseguibili (art. 17 capov. ult. della legge del 1892) e quindi avere esecuzione immediata dopo la notificazione; nè sembra a tal uopo sia necessaria una specifica domanda di parte o la presenza di qualcuno degli estremi preveduti nell'art. 363 del cod. di procedura, niun cenno essendone fatto nella legge. Però il pretore, in caso di appello, sopra semplice reclamo dell'appellante può con suo decreto sospendere il corso della esecuzione (citato capov. dell'art. 17).

In genere poi, l'esecuzione forzata della sentenza viene sospesa se una persona solvente si obbliga di pagare fra sei giorni la somma dovuta e le spese. La dichiarazione del mallevadore è ricevuta dal cancelliere e vale contro l'obbligato come titolo esecutivo, anche senza bisogno di notificazione, appena trascorso l'indicato termine, il quale è improrogabile (art. 463 del codice).

518. Abbiamo detto più volte che le sentenze proferite su domande di valore non superiore a cinquanta lire sono inappellabili.

Digitized by Google

È evidente che l'applicazione di questa regola può dar luogo ad una difficoltà; imperocchè il conciliatore dichiarando compresa nel valore di cinquanta lire una qualunque domanda, potrebbe sottrarre alla garanzia dell'appello controversie che la legge volle a questa soggette. Per evitare simile inconveniente, già il codice aveva stabilito che le parti potessero sempre appellare dalla sentenza del conciliatore adducendo il vizio della incompetenza per materia o valore (art. 459); a meno che intorno alla competenza fosse stato sollevato nel corso del giudizio lo speciale incidente preveduto e regolato con le disposizioni degli articoli 456, 457 e 458 del codice stesso, pel quale incidente provocavasi una pronunzia interlocutoria del pretore sulla questione e quindi eliminavasi la proponibilità di un successivo ricorso in appello (1).

---

(1) Riferiamo testualmente gli articoli rammentati, per far meglio intendere l'osservazione che vogliamo indi esporre:

" art. 456. L'azione (*rectius* eccezione) d'incompetenza proposta da una " delle parti non sospende il corso del giudizio, se il conciliatore non la " creda fondata. In questo caso il conciliatore deve spiegare i motivi del suo " avviso con semplice atto, e trasmetterne copia al pretore del mandamento " il quale pronunzia sull'incidente. — La sentenza definitiva del conciliatore " non può eseguirsi fin che il pretore non abbia pronunziato sull'incidente. " Quando il pretore dichiari l'incompetenza il giudizio davanti il conciliatore si ha come non avvenuto.

" art. 457. Le parti possono far pervenire al pretore le loro memorie e i " documenti. — La sentenza del pretore è spedita d'uffizio per copia al " conciliatore.

" art. 458. Quando il conciliatore creda fondata l'eccezione d'incompetenza proposta dalla parte, o senza eccezione di parte si reputi incompetente, per materia o valore, esprime con semplice atto i motivi del suo " avviso e ne trasmette copia a norma dell'art. 456. — Il corso del giudizio " resta sospeso fin che il pretore non abbia pronunziato sull'incidente „.

Questa procedura è da ritenere in vigore dopo la riforma del 1892?

Non lo crediamo.

L'articolo 20 della legge di riforma dispone: " sono abrogate tutte le disposizioni contrarie alla presente legge „. La contrarietà, trattandosi della sostituzione di un nuovo ordinamento del giudizio di conciliazione e delle relative norme di competenza, non può essere intesa soltanto nel senso d'una incompatibilità materiale e letterale, ma abbraccia necessariamente la repugnanza logica fra disposizioni antiche e il sistema nuovo; in quanto, cioè, tali disposizioni, suggerite dall'indole essenziale del sistema abolito, non hanno più opportunità o ragione sufficiente di fronte al nuovo.

Ora, l'incidente per l'incompetenza del conciliatore organizzato negli articoli testè riferiti, trovava opportunità e ragione nel sistema che faceva tutte le sentenze di quel giudice inappellabili. Discutere della competenza era discutere dell'appellabilità. E l'incidente aveva il pregio di semplificare, accelerare, rendere più economica siffatta discussione. Ma oggi, evidentemente

Digitized by Google

La legge 16 giugno 1892, nel disporre all'art. 16 circa l'esecutorietà delle sentenze inappellabili dei conciliatori (v. num. precedente), aggiunse la clausola: « salvo il disposto dell'articolo 459 del codice di procedura civile ».

518 *bis.* In conseguenza non è a dubitare che anche contro le sentenze di valore inferiore a lire cinquanta può proporsi l'appello, ma pel solo capo della incompetenza assoluta (per materia o valore). E poichè la procedura di siffatto appello è regolata dall'art. 459 che la legge del 1892 ebbe a richiamare espressamente, converrà che qui ne riassumiamo le relative disposizioni.

La parte che vuole appellare ne fa dichiarazione al cancelliere del conciliatore nel termine perentorio di tre giorni dalla notificazione della sentenza; — la dichiarazione è rilasciata dal cancelliere in copia autentica che nel termine pure perentorio di altri tre giorni successivi dev'essere notificata all'altra parte per cura dell'appellante. L'inosservanza di codesti termini farebbe decadere dall'appello. Il cancelliere del conciliatore trasmette poi al pretore copia della dichiarazione d'appello e della sentenza; le parti possono fargli pervenire memorie e documenti; la sentenza del pretore, proferita alla guisa accennata nel precedente numero, viene rimessa d'uffizio al conciliatore in copia; e se dichiari l'incompetenza, il giudizio di merito si ha come non avvenuto (art. 459).

Non si può negare che tutto ciò sia estremamente confuso e male raffazzonato. Se il legislatore del 1892 avesse esaminato con un po' di attenzione l'argomento, sarebbesi presto accorto della inopportunità di richiamare nudamente e semplicemente l'art. 459, nel già menzionato fugacissimo accenno dell'art. 16 della legge di riforma. Per vero, che cosa significa, allo stato attuale della legislazione sui conciliatori, opporre l'eccezione d'incompetenza nelle liti alle quali la domanda dell'attore attribuisce un valore non superiore a cinquanta lire?

---

non è così. Per tutte le liti di valore superiore a lire cinquanta, quegli antichi pregi si muterebbero in danni, poichè l'applicazione della procedura in discorso moltiplicherebbe inutilmente gli atti, e, quel che più importa, le spese del giudizio; nè si otterrebbe economia di tempo, ma spreco; vera economia invece ottenendosi col congiungere in appello la disputa sul merito a quella sulla competenza.

Nè si potrebbero distinguere le cause di valore superiore da quelle di valore inferiore a lire cinquanta, per ritenere praticabile la procedura incidentale nelle seconde e non nelle prime. La legge non fa simile distinzione; e d'altronde essa è combattuta dalle considerazioni che esponiamo al n. 518 *bis.* Riteniamo adunque che in seguito alla legge del 1892 le disposizioni sopra riferite debbansi considerare completamente abrogate.

Digitized by Google

forse varrà per affermare che il valore di essa realmente eccede la competenza del conciliatore, vale a dire è superiore a lire cento? Ma una simile eccezione si può e si deve opporre, quando sia il caso, anche se l'attore attribuisca alla domanda un valore superiore a cinquanta lire, laonde non è ipotesi da contemplare in modo particolare per le domande che diconsi da questo valore non eccedenti. Da altra parte, è facile intendere che il legislatore del 1892 non ebbe in mira di dare nell'art. 16 una garanzia contro l'incompetenza del conciliatore, ma bensì contro l'esorbitanza del privilegio di inappellabilità dal limite assegnatogli. Insomma, mentre dinanzi agli altri magistrati la disputa sul valore della domanda non può avere che uno scopo, l'accertamento della competenza, davanti al conciliatore essa ha un secondo scopo, l'accertamento della inappellabilità della decisione. Quindi la disputa sulla inappellabilità non è sempre una disputa anche sulla competenza. E si può dubitare se il conseguimento di questo secondo scopo sia abbastanza guarentito, mentre il nudo richiamo dell'articolo 459 del codice nell'art. 16 della nuova legge porterebbe a questa pratica conseguenza: che in una causa a cui il conciliatore abbia a torto attribuito valore non superiore a cinquanta lire fosse ammissibile l'appello per sostenere che egli era incompetente, cioè, che il valore della domanda supera cento lire; e non fosse invece ammissibile pel merito quando pur si possa dimostrare che realmente il valore è superiore a cinquanta e inferiore a cento lire. Malgrado l'equivoco così creato dalla poca esattezza di linguaggio della nuova legge, è però da riputare che l'appello sia proponibile anche in questa seconda ipotesi; ma non pel titolo della incompetenza, bensì sul merito, e con le forme stabilite a tale proposito nell'art. 17 della legge del 1892, modificato dall'art. 2 della legge del 1895, di cui veniamo ora a parlare.

519. L'art. 17 della legge del 1892 contiene, nel primo e nel secondo alinea, le seguenti disposizioni:

« Le sentenze dei conciliatori, relative a controversie che eccedano « le lire cinquanta, sono appellabili innanzi al pretore del manda- « mento nel termine di dieci giorni dalla loro notificazione. — L'ap- « pello sarà proposto con le forme indicate nei capoversi 1, 2, 3 e 4 « del detto articolo 459 ».

In pratica quest'ultima disposizione si rivelò molto difettosa, giacchè le forme speciali qui adottate per l'appello (v. num. precedente) riescivano più complesse, costose e difficili a osservare esattamente, di quelle ordinarie, per le quali un semplice atto di citazione è sufficiente. S'aggiunsero alcune difficoltà d'interpretazione a proposito del termine assegnato dalla nuova legge. Parve quindi buon

Digitized by Google

consiglio modificare il sistema; e nella legge del 28 luglio 1895, all'articolo 2, fu stabilito che « nelle controversie d'un valore superiore a « lire cinquanta l'appello dalle sentenze dei conciliatori è proposto « con citazione per biglietto fra dieci giorni dalla notificazione della « sentenza ». Per tal guisa la procedura nei giudizi d'appello fu interamente uniformata a quella ordinaria. Non v'è quindi bisogno di dichiarazione nella cancelleria del conciliatore; ma da altra parte rimane pure escluso l'obbligo nel cancelliere di trasmettere la sentenza appellata al pretore, sorgendo invece la necessità, per la parte appellante, di procurarne essa medesima la copia e di presentarla nel giudizio di secondo grado, insieme agli atti e documenti necessari in giustificazione del suo gravame, come vedremo a suo tempo essere regola comune ad ogni caso di appellazione in altre sedi.

Tale miglioramento arrecato all'art. 17 della legge del 1892 rende maggiormente sensibile il difetto, rimasto intatto, della disposizione dell'art. 16, per il richiamo ivi fatto dell'art. 459 del codice, siccome dimostrammo innanzi. Le due forme dell'appellazione, divenute ancora più spiccatamente diverse l'una dall'altra, costituiscono certamente una delle imperfezioni, non la sola, dell'attuale ordinamento dei giudizi davanti ai conciliatori; e nella eventualità, da molti invocata, di una revisione di questo ordinamento, dovrà fermarsi anche su di essa l'attenzione dei legislatori.

CAPO II.

Conciliazione.

520. Dalla legislazione napoletana fu tolta l'idea di questo istituto, il quale teoricamente meritò un certo plauso, sebbene in pratica non abbia dato notevoli vantaggi (1).

Il conciliatore deve adoprarsi per comporre qualunque sorta di controversie fra le persone che ricorrono all'esercizio di questo suo famigliare ministero. Ma è necessario che la di lui interposizione sia *domandata*, giacchè non saprebbe rispondere al decoro della giustizia ed alla autorevolezza del giudice una intromissione volontaria, per quanto officiosa, nelle questioni private; salvo il caso di lite promossa,

(1) Sebbene nel codice di procedura il tema della *conciliazione* sia posto come preliminare a tutte le regole del procedimento contenzioso (art. 1 a 7) ci sembrò opportuno trattarne a questo punto, per renderne più semplice e chiara la esposizione.

Digitized by Google

nel quale è opportuna la interposizione conciliatrice del magistrato chiamato a sentenziare su di essa (v. n. 516). Nè basta che la funzione conciliatrice sia richiesta da una parte: conviene che l'altra accetti, giacchè ogni imposizione o coazione stonerebbe col concetto dell'istituto in esame. Vuolsi inoltre che vi sia fra le parti una *vera controversia giudiziaria*, già pendente od almeno in via ragionevole preveduta; chè il giudice non s'ha da interporre in discussioni le quali vertano per esempio sui termini e i patti di un contratto che si sta dibattendo fra due cittadini; uffizio questo di mediatore e non di magistrato. Tali le nozioni e riflessioni che desumonsi dall'art. 1 del codice di procedura.

521. La *conciliazione* non è poi sempre per necessità una *transazione;* essa può compiersi anche col pieno riconoscimento degli altrui diritti o colla piena rinuncia ai nostri. Ad ogni modo costituisce sempre una convenzione e *più spesso* una transazione; onde a semplificazione ed a cautela generale si stimò opportuno di limitare la materia delle conciliazioni agli oggetti sui quali è permesso di transigere (articoli 1774, 1775 e 1776 cod. civ.); inoltre, a simiglianza di quanto per la transazione è prescritto nell'art. 316 e per le stesse ragioni, è sottoposta la conciliazione delle controversie civili di falso alla omologazione del tribunale, sentito il pubblico ministero. Di più, ancora in considerazione della natura dell'atto, prossima a quella della transazione, si esige che le parti abbiano la *capacità di disporre* degli oggetti su cui cade la controversia e che la conciliazione stipulata da un tutore od altro amministratore, o da chi non possa liberamente disporre degli oggetti su cui cade la controversia, debba venir preceduta e seguìta dalle medesime autorizzazioni od approvazioni che in simili evenienze la legge civile richiede per la efficacia della transazione. Tutte queste regole stanno compendiate nell'art. 2 del codice di procedura.

522. Le parti possono tutte presentarsi volontarie a un conciliatore qualunque per interporlo in una loro controversia. Se una parte, prima dell'instaurazione del giudizio od in pendenza del medesimo vuol prendere l'iniziativa della conciliazione, può *far chiamare* l'altra innanzi al conciliatore; in questo caso la farà chiamare dinanzi a quello del comune dove tiene residenza, domicilio o dimora, o dove l'ha uno dei chiamati se siano più, o dove trovasi la cosa controversa (art. 3).

523. La chiamata si effettua mediante semplice avviso, scritto dal cancelliere del conciliatore e notificato in copia a cura del messo comunale, il quale riferisce verbalmente al cancelliere la notificazione eseguita, che questi registra sull'originale. Nell'avviso devonsi indi-

Digitized by Google

care l'oggetto della chiamata e il giorno della comparizione. Notisi che non è necessario che questa segua in udienza pubblica nè in giorno all'uopo destinato (art. 4).

Se una delle parti non comparisce, manca la condizione necessaria per tentare la conciliazione; è inutile la rinnovazione della chiamata; la legge prescrive quindi che non possa altrimenti ripigliarsi l'esperimento conciliativo se non per la presentazione volontaria di tutte le parti (art. 5). In ogni caso le parti che non vogliano comparire in persona possono farsi rappresentare da procuratore munito di mandato speciale ed autentico (art. cit.).

524. Non riuscendo la conciliazione il cancelliere ne prende semplice ricordo in apposito registro. Quando l'opera del conciliatore sia coronata di buon esito si forma processo verbale, contenente in chiari termini la convenzione, ossia quanto fra le parti si è concordato. Lo sottoscrivono esse insieme al giudice ed al cancelliere. Se una parte *non può* sottoscrivere se ne fa menzione e ciò non nuoce alla validità della conciliazione; se *non vuole*, questo rifiuto spoglia di serietà e priva di controllo sicuro il consenso, laonde la conciliazione si ha per non avvenuta (art. 6).

Il processo verbale della seguìta conciliazione, se l'oggetto ha un valore non eccedente lire cento, tien le veci della decisione che il giudice avrebbe avuta podestà di pronunciare sulla controversia; quindi deve avere l'efficacia esecutoria di una sentenza; e la legge gliela riconosce (art. 7 del codice e art. 12 della legge del 1892). Se trattisi d'oggetto di valore superiore a lire cento, il processo verbale non ha altra forza se non quella di un autorevole documento probatorio; la legge non lo equipara ad un documento autentico, ma bensì ad una scrittura privata riconosciuta in giudizio (articoli citati del codice e della legge del 1892). Questa disposizione non ci sembra del tutto plausibile, ed è piuttosto destinata a diminuire l'uso delle conciliazioni, giacchè le parti non ne ritraggono il vantaggio di potersi poi servire del documento come di titolo esecutivo, e sono sottoposte alla necessità di un giudizio di dichiarazione nel caso che l'avversario venga meno ai patti stipulati.

525. L'avviso o chiamata per l'esperimento di conciliazione non è un atto di citazione in giudizio e non può quindi ottenerne gli effetti integrali: tuttavia, giusta l'art. 2125 capov. del cod. civ., vale ad interrompere la prescrizione, sempre che la domanda giudiziale (citazione) sia fatta nel corso di due mesi dalla non comparsa davanti il conciliatore o dalla non seguìta conciliazione. La legge ha voluto favorire l'istituto della conciliazione e di questa guisa lo ha fatto sufficientemente, poichè non potevasi attribuire alla chiamata

Digitized by Google

in discorso il pieno effetto di un atto di costituzioue in mora, non esprimendo essa nè la sicurezza del diritto nel richiedente, nè il fermo proposito di costringere l'avversario all'adempimento del suo obbligo.

Se la chiamata in conciliazione fosse fatta per oggetto relativamente al quale non è permesso di conciliarsi, non possederebbe la virtù interruttiva attribuitale dall'art. 2125; ciò si arguisce dalla disposizione dell'art. 2128 secondo la quale un atto nullo manca di effetti sul decorso della prescrizione; e nel caso presente la nullità deriverebbe dal mancare nell'atto uno degli elementi che ne costituiscono la essenza (art. 56 cod. di proc.) quale è appunto un titolo lecito e valido per la domanda di conciliazione.

Digitized by Google

TITOLO XI.

MEZZI PER IMPUGNARE LE SENTENZE

CAPO I.

Regole generali.

SEZIONE I. — *Nozioni preliminari. — Autorità ed esecutività della sentenza.*

526. La sentenza del giudice di prima istanza, pronunziata dopo che le parti finirono di svolgere con ogni ampiezza le loro ragioni ed eccezioni, da un magistrato o da un collegio di cui è necessità logica, giuridica e politica, presumere la rettitudine e la intellettuale idoneità a decidere secondo giustizia, dev'essere considerata l'espressione della verità. Posto siffatto principio, le ragioni che inducono ad ammettere questa o quella specie di rimedi contro tale sentenza, non sono per certo tanto evidenti da non abbisognare di analisi o dimostrazione. Il soddisfare a tale còmpito è riservato allo studio organico delle istituzioni giudiziarie, segnatamente per quel che concerne i due istituti dell'appello e della cassazione che insieme colla prima istanza rappresentano la serie ordinaria dei gradi di giudizio. Egli è perciò che intorno ai due rimedi accennati eliminiamo dal presente studio ogni disquisizione di carattere teorico, critico o storico (1). Le ragioni particolari degli altri rimedi (opposizione del contumace, rivocazione, opposizione del terzo) come quelle che sono di

(1) Sebbene in alcuni trattati di procedura civile i temi accennati ricevano più o meno completo sviluppo nelle sedi in cui vengono esposte le regole sui mezzi per impugnare le sentenze, non parve che tale esempio fosse qui imitabile, in relazione al disegno speciale di questo lavoro, in cui doveva essere compresa soltanto la illustrazione dei principii e delle regole del procedimento civile.

Digitized by Google

pura indole processuale, trovano invece qui, nelle rispettive sedi, opportunità di essere sviluppate.

Accettando dunque la massima che si deggiono ammettere vie di reclamo contro le sentenze proferite sovra un primo contraddittorio ed accettando insieme la determinazione dei mezzi all'uopo consecrati nel codice patrio, cominciamo dallo esaminare le regole generali che li riguardano.

Ma prima è opportuna un'avvertenza. I rimedi, concessi contro le sentenze, con garanzia di solenni procedimenti giudiziari, sembrarono esuberanti nei casi in cui non si domandi la riparazione di un errore di raziocinio addebitato al giudice od una più ampia disamina ed istruttoria sul tema della controversia. Può accadere infatti che nella redazione di un giudicato si incontri taluna omissione o talun errore materiale di quelli non colpiti dalle sanzioni di nullità dettate nell'articolo 361 (v. num. 441); ovvero che non vi sia riprodotta qualcuna delle *conclusioni* delle parti, sebbene risulti dalla sentenza essere stato sulla medesima provveduto; od infine che apparisca nella motivazione o nel dispositivo un errore di calcolo, dimostrato dal tenore complessivo della sentenza e manifestamente accidentale ed involontario.

Qui non v'è seria ragione di controversia; il giudice che è caduto nell'errore o nell'omissione sarà volenteroso nel riconoscerli, poichè effettivamente egli non ebbe l'intenzione di commetterli. Secondo la legislazione sarda non si sarebbe potuto in questi casi provvedere altrimenti che col mezzo della rivocazione. Piacque al nostro legislatore di offrire un procedimento più breve, per la *correzione della sentenza;* e lo tracciò nell'art. 473. Se le parti sono d'accordo presentano *ricorso* all'autorità giudiziaria, la quale delibera mediante *decreto* (emanato in camera di consiglio se il giudizio è collegiale). Nelle cause in cui è permessa la citazione per biglietto (davanti cioè al conciliatore) possono anche comparire volontariamente e si fa allora processo verbale. Il decreto, a deroga di quanto dispone il primo alinea dell'art. 50, rimane in originale presso il cancelliere. Se le parti non sono concordi, si provvede con citazione a udienza fissa nelle cause commerciali ed in quelle avanti i pretori ed i conciliatori; ed invece con comparsa seguìta da citazione incidentale in quelle davanti i tribunali civili e le corti d'appello; nelle quali poi, se il presidente non possa comporre il dissidio, si prosegue colla remissione al collegio a udienza fissa.

Le correzioni ordinate vengono eseguite in margine od in fine della sentenza emendata, a cura del cancelliere, con indicazione del decreto o della sentenza che vi ha provveduto.

Digitized by Google

Interessa avere chiaro il concetto che la *correzione delle sentenze* non è nel nostro diritto positivo un mezzo d'impugnazione delle medesime. Tale è invece nel sistema del codice di procedura germanico, il quale con le disposizioni dei §§ 291, 292 allargò di molto il campo in cui può operare il rimedio della *rettificazione* (*Berichtigung*), che avrebbe potuto sembrare affatto analogo alla nostra *correzione* secondo la nozione datane nel § 290 (con la sola differenza che questo testo permette anche la rettificazione d'uffizio) (1). È vero che l'art. 473 disciplinante la correzione è l'ultima disposizione generale del titolo che tratta « *dei mezzi per impugnare le sentenze* ». Ma è altresì vero che la prima disposizione, quella dell'art. 465 dichiara *nominativamente* quali sono tali mezzi (v. numero seguente) e non comprende la correzione. Ed ancora più è degno di nota che l'art. 473 si apre con la formola: « Non è necessario alcuno dei mezzi indicati « nell'art. 465 per far emendare ecc. ». Nè si tratta di una semplice induzione esegetica. La parola della legge corrisponde a un concetto perfettamente razionale. La *correzione* della sentenza ha lo scopo di presentarci la decisione del magistrato in quella forma ed espressione che corrisponde alla di lui volontà. È dunque logico escludere che *si impugni* la sentenza, quando tale scopo soltanto si cerca di raggiungere.

527. Dei mezzi per impugnare in vero e proprio senso le sentenze, troviamo una classificazione nell'art. 465: essi sono *ordinari* o *straordinari*. Alla prima categoria il legislatore ascrive l'opposizione e l'appellazione; alla seconda la rivocazione, l'opposizione del terzo, il ricorso per cassazione.

Fu a vicenda criticato e difeso il concetto di codesta distinzione. Un cenno sommarissimo sopra la natura dei singoli rimedi è indispensabile per farne sicuro giudizio.

L'opposizione del contumace già sappiamo consistere nella facoltà data al contumace, che non fu citato in persona propria od a cui la citazione non fu rinnovata, di provocare dopo la sentenza contumaciale il nuovo esame della causa innanzi la medesima autorità giudiziaria. Il precedente giudizio si considera come non avvenuto e tanto le questioni di fatto come quelle di diritto sono rimesse in discussione. Il magistrato, senza subire alcun vincolo in forza dell'anteriore pronunzia, sentenzia sopra la nuova istruttoria come di ragione e diritto.

L'appellazione, nel moderno sistema adottato dal nostro legisla-

(1) Analoghe considerazioni sono da fare rispetto al nuovo regolamento di procedura austriaco, nel quale l'istituto della *rettificazione della sentenza* è disciplinato nei §§ 420 a 424.

Digitized by Google

tore, si fonda sul concetto della opportunità che le parti, dopo sperimentato l'esito della prima istruttoria, possano colmarne in un nuovo contraddittorio quelle lacune che la sentenza le avesse ammonite esistervi. Quindi il suo fondamentale carattere è di *continuare* in appello il giudizio di prima istanza, versandovi il contributo di ogni nuova prova e nuova eccezione che meglio valga a suffragio delle rispettive istanze e difese. Non è tuttavia da escludere che essa serva inoltre ad ottenere dal giudice superiore la riparazione degli errori di ogni sorta commessi dal giudice inferiore. Tanto per l'uno che per l'altro aspetto essa apre il campo a nuove investigazioni così sul tema di fatto, come sopra le ragioni di diritto che formarono oggetto della prima controversia.

Il ricorso per cassazione è ammesso contro qualsiasi sentenza proferita in grado d'appello. Ma il suo scopo è di porre in vista e far riparare solamente gli errori *di diritto* della sentenza denunziata. Ogni indagine intorno al fatto è esaurita in sede d'appello; e per questa parte della controversia il magistrato di cassazione accetta come dati certi ed immutabili quelli della sentenza su cui si discute.

La rivocazione è un mezzo speciale destinato a promuovere la rescissione di una sentenza inappellabile, o non più suscettiva di appellazione, ovvero pronunziata in giudizio di secondo grado, e ciò per virtù di certe nuove emergenze *di fatto*, l'importanza delle quali è talmente stimata da reputarsi che la loro verificazione non solo escluda la rettitudine del giudizio, ma tolga perfino di poter presumere che il giudice, se non fosse caduto in errore, avrebbe *voluto decidere* così come ha deciso.

La opposizione del terzo è infine conceduta a chi non ha avuto parte nel giudizio, per difendersi più speditamente dalle turbative o dai pregiudizi materiali che l'esecuzione della sentenza potrebbe arrecargli, non che ai creditori per far rescindere le sentenze provocate per collusione del debitore in frode dei loro diritti.

Colla scorta di queste prenozioni sembra agevole poter conchiudere che una differenza molto notevole vi ha tra l'appello e la cassazione da una parte e l'opposizione del contumace, l'opposizione del terzo e la rivocazione dall'altra. Imperocchè, mentre i due primi rimedi sono consentiti in tutte le cause e come ordinari mezzi per giungere in esse alla completa discoverta del vero ed alla esatta applicazione della legge, gli altri non si danno che in virtù di circostanze eccezionali, la cui dimostrazione è un preliminare indispensabile per essere autorizzati a giovarsene. Ciò stante, non biasimiamo l'idea di classificare i mezzi di reclamo in ordinari e straordinari; ma crediamo inesatto il criterio di formazione delle due categorie, seguìto dalla

Digitized by Google

legge; mentre dalla prima doveva essere passata alla seconda l'opposizione del contumace e viceversa doveva a quella aggiungersi, togliendolo da questa, il ricorso per cassazione (1).

528. La riflessione esposta sul cominciare di questo capo è di una grandissima importanza. rispetto all'analisi di tutte le principali discipline giudiziarie della materia che ora trattiamo. Quantunque una sentenza sia dichiarata suscettiva di reclamo, essa ha un'autorità propria, emana da un legittimo rappresentante della sovranità nazionale, ha tutti i requisiti necessari per spiegare la forza della *res judicata* fino dal primo momento della sua pronunzia. Se così non fosse, mancherebbe ogni ragione filosofica e giuridica perchè potesse in seguito acquistare codesta autorità. Le leggi di procedura assegnano termini per l'esercizio dei mezzi di impugnazione, trascorsi i quali dicesi che la sentenza fa passaggio in cosa giudicata. A chi guardi la superficie delle cose può sembrare che il decorso del termine aggiunga alla sentenza un elemento di convalidazione, vogliamo dire il presunto consenso della parte soccombente. Ed è abbastanza frequente lo imbattersi nella indicazione e nello sviluppo di questa o di consimile idea negli scritti dei proceduristi. Ma codesto è un errore. Il decorso del tempo non produce che la cessazione di uno stato di *sospensione* dell'autorità *definitiva* della sentenza, stabilito dalla legge per un periodo di tempo dentro il quale essa permette di considerare la sentenza *come non pronunziata*, di cercare cioè d'ottenerne una nuova, e pel proprio interesse possibilmente migliore, da altro magistrato. Compiuto questo periodo di sospensione, sono gli effetti primitivi e connaturali della deliberazione giudiziaria che si spiegano in tutta la loro estensione; nè la volontà di colui che poteva reclamare e non ha reclamato vi aggiunge alcun elemento di autorevolezza. Invero se la forza della regiudicata si fondasse sul consenso *tacito* o *presunto* che l'inazione del soccombente lascia arguire, non sapremmo vedere con quale legittimità di titolo potessero derivarne effetti che alla esplicita convenzione di due cittadini non è lecito di ottenere, quasi che il

(1) Non per questo è da credere che a caso o per puro capriccio il legislatore adottasse la partizione che non approviamo. Esso considerò che negli stadi della opposizione di contumace e dell'appello si prosegue lo svolgimento della istruttoria, in continuazione del dibattito preceduto, e quasi senza interruzione, in quanto che la riapertura dei termini per l'istruzione deriva come conseguenza *de iure* dal fatto stesso della proposta di quei mezzi di reclamo. Invece negli altri casi, o non vi ha riapertura di istruttoria, come nel giudizio per cassazione, o vi ha solamente sotto determinate condizioni e con effetti limitati, come nei giudizi di rivocazione e di opposizione di terzo.

Digitized by Google

consenso tacito fosse più efficace di quello espresso. Così nei casi in cui la sentenza decide questioni di stato, di capacità, di giurisdizione, ecc. Da altro canto, se per presumere in modo così assoluto da non ammettere alcuna prova in contrario, la rinunzia al proprio diritto quale conseguenza del non uso, il legislatore reputò necessario di assegnare ordinariamente alla prescrizione una durata di molti anni, non si comprenderebbe come senza mostruosa ingiustizia avesse potuto ridurre a pochi giorni il periodo di silenzio necessario per rendere irrevocabile una sentenza; cui anzi le moderne leggi di procedura tendono con plauso universale a restringere sempre più in minimi termini. Infine, non si saprebbe spiegare in alcuna maniera perchè colui a favore del quale si è compiuta la prescrizione possa rinunziarvi, mentre quegli a cui favore si è verificata la decorrenza del termine utile ad impugnare la sentenza, non può ai suoi effetti mai rinunziare, come fra breve vedremo.

Onde appare chiarissimo che fra l'istituto della *prescrizione* e quello del *termine per reclamare da una sentenza*, passa un divario che non è solamente di forme e di gradi, ma di natura e di sostanza. La prescrizione ha per suo esclusivo fondamento la *volontà* della parte che si reputa avere abdicato al diritto che non esercitò; la decadenza dalla potestà di impugnare una decisione si fonda sulla connaturale ed originaria *autorità* della decisione stessa, repugnante per sua essenza a qualunque impugnativa; autorità che per finzione di legge, invece di esplicarsi al momento stesso della pronunzia, si esplica alquanto più tardi. Ma appunto perchè si tratta di una finzione, di una violenza ai dettami più rigorosi della logica pura, è ampiamente giustificato che la dilazione sia breve e che la si misuri nei limiti della stretta necessità.

529. Qui si offre alle meditazioni dello studioso un problema interessante. Riconosciuta la originaria autorità di ciascuna deliberazione giudiziaria, anche se impugnabile, dovrà ammettersi che abbia, dal momento della pronunzia, *esecutività immediata*, ovvero che questa rimanga sospesa per tutto il termine in cui è permesso il reclamo e durante la sua trattazione quando venga proposto?

Si ponga mente ad una distinzione capitalissima. La esecutività di una sentenza non è una sola cosa colla sua irrevocabilità. Dal momento che la decisione è pronunziata, si dee presumerla vera e giusta, sino a quando una contraria deliberazione di legittima autorità venga a prenderne il posto e sostituirla. Non è infatti il malcontento del soccombente od il proposito da lui manifestato di muovere reclamo, che può scuotere questa presunzione. Laonde, fin che essa perdura è in opposizione alla logica il negare alla sentenza gli effetti

Digitized by Google

richiesti dal tenore della pronuncia che vi si contiene. Pur merita considerazione la possibilità di qualche inconveniente. Colui che avesse conseguito dall'avversario l'ammontare della condanna, si troverà egli sempre in grado di restituirlo, qualora il giudice superiore revochi la pronunzia? e codesto succedersi di esecuzioni e restituzioni non sarebbe già per sè stesso uno spettacolo dannoso al prestigio ed al credito della giustizia civile?

Entrambe le esposte osservazioni racchiudono una parte di verità. Ma un'altra parte di verità che questa uguaglia ed equilibra sta nella terza osservazione seguente: Se colui a favore del quale è stata pronunziata la condanna dev'essere costretto ad attendere che siano esauriti tutti gli stadi di giudizio perchè il suo dritto, forte di reiterate e supreme consecrazioni, possa venire esercitato anche coattivamente, sarà egli sempre sicuro di trovare l'avversario, alla fine della controversia, in condizioni tali che permettano di conseguirne l'adempimento della obbligazione? o le dilazioni della lite e dei gradi successivi di trattazione non offriranno agio molto spesso ai contendenti di mala fede per predisporsi uno stato artificioso e fraudolento d'insolvibilità, per manomettere e deteriorare la cosa dovuta, ecc.?

530. Due interessi sono pertanto in lotta fra loro, nè a conciliarli si adatta la inflessibilità di una regola assoluta. Conviene cercare un temperamento; ma perchè questo sia razionale fa mestieri che s'informi al rispetto del principio scientifico, vale a dire, che arrotondi le asprezze, e rimova gli inconvenienti dianzi accennati, che possono derivarne, ma ne faccia salva la sostanza.

Quale sia il principio scientifico già lo abbiamo veduto; esso favorisce la immediata esecutività della sentenza. E fra l'interesse del creditore e quello del debitore fra loro in conflitto, sembra pure che in linea scientifica non vi sia da esitare; avvegnachè mentre il primo ha un potente appoggio nella *presunzione di giustizia* che la sentenza emanata gli conferisce, l'altro non può invocare che la *speranza* da cui *forse* è assistito, di veder distrutta tale presunzione mercè la pronunzia difforme del giudice superiore.

Onde, per rispettare e temperare simultaneamente il dettato della pura teoria, parrebbe che la legislazione dovesse fissare i seguenti punti: 1° ammettere la esecutività immediata delle sentenze suscettive di impugnazione; — 2° concedere al magistrato la facoltà di vincolarne la esecuzione a *cauzione;* — 3° disporre, o lasciar similmente al giudice di disporre, che la esecutività possa essere *sospesa* sino ad esaurimento del termine, quando si tratti di casi in cui la esecuzione compiuta sarebbe *irreparabile.*

Digitized by Google

531. Se il ragionamento e le conclusioni che precedono sono abbastanza chiari e persuasivi, dovremo confessare che nel terreno del diritto positivo essi non trovano il desiderabile riscontro di quelle semplici e schiette applicazioni che pur non sarebbero difficili.

In diritto romano la questione che ci occupa non risulta abbastanza nettamente risoluta dai testi, i quali permettono tuttavia di ritenere che si accogliesse come regola l'immediata esecutività della sentenza, sospesa però dal fatto della interposizione dell'appello, salve per questo punto non poche eccezioni (L. un., Dig., 49, 7; L. 11, Dig., 49, 1; L. 1, Cod., 7, 69). È da notare che l'appello poteasi interporre immediatamente dopo proferita la sentenza (L. 5, § 4, Dig., 49, 1; L. 2, *eod. tit.*, ecc); ma ciò non toglie le obbiezioni contro il concetto che l'appellazione abbia una virtù sospensiva; infatti, già lo dicemmo, se vi ha nella sentenza una presunzione di verità e di giustizia, il malcontento che ne manifesti la parte gravata non vale neppure a spargere su di essa la più piccola ombra (1). Nel medio evo, per riflesso delle speciali condizioni fatta dai vari ordinamenti politici e dalle gare di giurisdizione all'esercizio della funzione giudiziaria, il principio dell'effetto sospensivo dell'appello ebbe tale prevalenza da essersi talvolta reputato che l'introduzione dell'appello rescindesse senz'altro l'autorità della sentenza impugnata.

Il diritto consuetudinario francese e l'ordinanza del 1667 ammisero in massima l'esecutività immediata delle sentenze e l'effetto sospensivo dell'appello, introducendo anche a questo una eccezione mercè la facoltà data al giudice di rendere la sua deliberazione *provvisoriamente esecutiva* non ostante l'appello. Il malo assetto degli ordini giudiziari lasciava però aperto il campo ad ogni sorta d'abusi; tal che non è possibile istituire indagini fruttuose sui risultati del sistema. I redattori del codice francese, occupandosi in particolar modo della questione nei riguardi dell'appello, ritennero di dover rispettare il principio logico della esecutività delle sentenze; ma ossequenti alla tradizione od al pregiudizio, vi posero accanto l'altro principio che l'appello *sospendesse* l'esecuzione salvi i casi di dichiarata esecuzione provvisoria (art. 457). Così anche il codice ginevrino (art. 314) e il sardo del 1854 (art. 576). Nel vecchio regolamento austriaco si adottò un più

(1) Si deve notare tuttavia che nei sistemi giudiziari fondati sul principio di autorità il concetto poteva sembrare meno assurdo di quel che sarebbe nei moderni ordinamenti, in cui la pienezza di giurisdizione del magistrato inferiore è dal punto di vista del diritto pubblico assolutamente indiscutibile. D'altronde, nel diritto antico, l'appello non è diretto contro la parte avversaria, ma contro il magistrato, accusato di malizia o di ignoranza (L. 1, Dig., 49, 1).

Digitized by Google

semplice partito, quello di tener sospesa l'esecuzione della sentenza dal momento della sua pronunzia e sino al compimento del termine per impugnarla od all'esito del reclamo, repudiandosi per la prima volta l'erroneo sistema di conferire all'appellazione l'effetto sospensivo. Fu riconosciuto nondimeno nella parte vittoriosa il diritto di ottenere dal giudice provvidenze interinali a propria garanzia, quali le cauzioni, i depositi e simili (§ 329). Il codice sardo del 1859 instaurò esso pure, nei rispetti dell'appello, la sospensione *ab initio* degli effetti d'una sentenza appellabile che non fosse dichiarata provvisoriamente esecutiva (art. 543); e simile via seguì il codice germanico (§§ 644 e 645). Ma se il legislatore austriaco potè apparire logico, perchè nel sistema da esso stabilito la verità scatente dal giudizio era quella assodata dalla *doppia conforme*, pei due codici ora ricordati non servirebbe una simile giustificazione (1). Per essi sta invece il fatto che hanno invertiti i termini in cui la difficoltà del problema doveva essere risoluta; ed in luogo di riconoscere come *regola* la immediata esecutività e come *eccezione* la sospensione, fecero di questa la regola, di quella l'eccezione. Affrettiamoci tuttavia a notare, — ed è certo un motivo di più per la critica, — che l'esecuzione provvisoria fu ammessa in così gran numero di casi (e ciò anche nel codice patrio) da aversi *praticamente* come regola, almeno dal punto di vista delle proporzioni numeriche, la esecutività immediata delle sentenze.

532. Del codice patrio dobbiamo esporre le discipline con maggior cura ed estensione. Troviamo in esso la materia regolata diversamente, secondo la qualità dei rimedi a cui una sentenza può essere soggetta.

Quanto ai rimedi *ordinari*, l'opposizione del contumace e l'appello, gli articoli 475 e 482 stabiliscono che l'esecuzione rimane sospesa durante i termini rispettivamente conceduti per sperimentare l'uno o l'altro e durante i giudizi d'opposizione o d'appello, salvo che le sentenze siano state dichiarate provvisoriamente esecutive. Quanto al rimedio *straordinario* della cassazione, l'art. 520 dichiara che

(1) Nè a tutto rigore essa varrebbe pel nuovo regolamento austriaco, in quanto esso ha abbandonato il sistema della *doppia conforme* (§ 503). Malgrado ciò, anche per questo nuovo regolamento è sospesa la esecutività della sentenza durante il termine per appellare e il giudizio d'appello (§§ 466 e 490), salvo che pei capi di essa non impugnati con l'appello e suscettibili di separata esecuzione. Tuttavia devesi notare che la sentenza essendo intimata d'uffizio appena pubblicata (§ 414) e decorrendo quindi subito il brevissimo termine di quattordici giorni per l'appello (§ 464), gli inconvenienti teorici della sospensione di esecutività della sentenza sono in pratica ristretti a minime proporzioni. E questo risultato è già apprezzabilissimo di fronte alle varie difficoltà del molto arduo argomento.

Digitized by Google

il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo i casi eccettuati dalla legge. I quali casi, ad eccezione di quelli tassativamente indicati negli articoli 309 e 750 del codice di procedura, quantunque da parecchi interpreti si vogliano moltiplicare in omaggio a sentimenti di equità più che alla parola della legge, non sapremmo davvero dove additare. Laonde in massima possiamo dire che per le sentenze suscettive di ricorso per cassazione non v'ha mai sospensione d'esecutività, nè vincolo di cauzione; il che costituisce uno dei difetti maggiori dell'attuale ordinamento di questo rimedio. Per la rivocazione e per la opposizione del terzo abbiamo invece due disposizioni d'altro genere. L'art. 503 statuisce che la domanda per rivocazione *non impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata, la quale però può essere sospesa dall'autorità giudiziaria per motivi gravi.* E l'art. 514 prescrive che l'opposizione del terzo *non impedisce* l'esecuzione della sentenza *contro la parte condannata*, salvo il caso *possa derivarne pregiudizio ai diritti del terzo*, a meno che *per motivi gravi* l'autorità giudiziaria *ordini l'esecuzione nonostante la di lui opposizione.*

È manifesto come le due ultime disposizioni mentovate consuonino sostanzialmente coi principii scientifici prestabiliti. Invero, trattandosi di rimedi *veramente straordinari* sarebbe stato fuor del caso tener sospesa l'esecutività della sentenza *prima che fossero proposti;* e neppure la loro introduzione può da per sè sola infrangere la regola della esecutività; bensì, di fronte ad essa si rende tempestiva la ricerca sulla opportunità di temperare il rigore della regola stessa; e tale ricerca deve essere, secondo il prudente suo criterio, esaurita dal magistrato mediante valutazione delle concrete emergenze sottopostegli.

Ma non consuonano alla esattezza delle norme dottrinali le regole date nel riguardo della opposizione di contumace, dell'appello e della cassazione; quanto alle prime per essersi invertiti, come già rilevammo, i termini della risoluzione che conveniva accogliere; quanto alla terza, perchè fu ciecamente seguìta la via in cui pone la erronea qualifica di *rimedio straordinario* attribuita al ricorso per cassazione, pur dimenticando che si era riconosciuto ad ogni modo, negli art. 503 e 514, che gli stessi rimedi straordinari esigono talvolta l'applicazione di temperamenti a quel principio, che essendo giusto nella sua essenza può degenerare in ingiustizia se viene spinto a conseguenze estreme.

Aggiungasi, e non è senza peso quest'ultima osservazione, che la regola di sospensione assoluta della esecutività delle sentenze suscettive di rimedi *ordinari* riceve uno strappo non lieve dalla parola

Digitized by Google

stessa del legislatore che conferisce ad esse (art. 1970 del cod. civ,) l'attitudine a produrre *ipoteca giudiziale*, la iscrizione della quale rappresenta un atto di esecuzione, almeno ad effetto conservativo.

Conchiudiamo adunque col constatare che la nostra legislazione in questa parte non brilla nè per osservanza esatta di un principio scientifico ben maturato nella mente dei suoi autori, nè per coerenza. Ad avere regolata empiricamente la materia le può servire forse di scusa, ma non certo di giustificazione, il fatto che simile vizio è comune finora ai codici processuali degli altri paesi.

Sezione II. — *Esecuzione provvisoria e cauzioni.*

533. È ora mestieri che conosciamo meglio l'istituto della esecuzione provvisoria, al quale accennammo replicatamente.

Il codice di procedura francese (art. 135) divise in due categorie i casi di esecutorietà provvisoria delle sentenze civili di prima istanza. Rendendo omaggio ad un antico aforisma della pratica: *provision est due au titre*, impose l'*obbligo* ai giudici di dichiarare provvisoriamente esecutive *senza vincolo di cauzione*, le sentenze che accolgono domande fondate su titolo autentico, scrittura riconosciuta o sentenza non appellata; poi indicò alcune categorie di sentenze per le quali è data *facoltà* ai magistrati di dichiararle provvisoriamente esecutive, *con o senza cauzione*. Nelle cause commerciali dispose (art. 439) che l'esecuzione provvisoria *può sempre* essere accordata, ma nei casi della prima categoria suddetta *con dispensa da cauzione* e negli altri *dietro cauzione* o prova *di sufficiente solvibilità*. Inoltre in taluni casi isolati fu conferita alle sentenze la esecuzione provvisoria *ope legis*, vale a dire senza bisogno che il magistrato si pronunzi intorno ad essa.

Il codice patrio contiene pure taluna di cotali disposizioni di gius singolare; tali quella dell'art. 251 riguardante gli esami testimoniali a futura memoria e quella dell'art. 459 relativa alle sentenze dei conciliatori. Secondo noi è per mero equivoco che si pongono con queste le sentenze che pronunziano la interdizione, male interpretando il senso dell'art. 328 del cod. civile. Sono invece esecutorie ancora per autorità di legge le sentenze proferite in materia di fallimento, nei casi in cui è permesso di muovere contro le medesime opposizione od appello (art. 913 codice di commercio). Si ha invece un'altra serie di casi pei quali è vietata l'esecuzione provvisoria della sentenza e se pronunziata non ha effetto. Già sappiamo (v. n. 410) che per l'art. 309 in correlazione all'art. 311, l'esecuzione della sentenza definitiva sulla quistione di falso civile deve rimanere sospesa finchè sieno scaduti i

Digitized by Google

termini dell'appello, della rivocazione o della cassazione; vedremo, nel seguente libro (n. 708) come per l'art. 561 l'esecuzione provvisoria non operi rispetto al terzo quando la sentenza ordini qualche cosa da farsi da esso od a suo carico; inoltre l'art. 90 del codice civile stabilisce che l'opposizione al matrimonio ne sospende la celebrazione sino a che sia rimossa con sentenza *passata in giudicato;* e l'articolo 2036 del medesimo fa obbligo al conservatore delle ipoteche di eseguire la cancellazione d'una iscrizione, ordinata giudizialmente, solo quando la sentenza *sia passata in giudicato.*

534. All'infuori di queste disposizioni speciali, l'esecuzione provvisoria delle sentenze suscettive d'appello o d'opposizione, può essere accordata dai giudici che la pronunziano, secondo che si tratti di materie civili o commerciali, giusta le regole stabilite negli articoli 363 e 409, le quali hanno comune la clausola, che per poterla concedere occorre *istanza di parte.* Vi ha un caso solo in cui da questa si può prescindere ed è contemplato nell'art. 777 relativo alle sentenze che pronunziano la nullità dell'arresto per debiti o la liberazione del debitore; esse possono essere dichiarate esecutive anche d'uffizio; ed è evidente l'umanitario pensiero che ha ispirata questa disposizione. In via generale vuolsi aggiungere che il nostro codice, uniformandosi al sardo del 1859 (art. 220), ha respinta la massima: *provision est due au titre*, lasciando facoltativo ai giudici di deliberare secondo la loro prudenza anche in questo caso. E ciò è giusto, poichè non sempre l'appoggio di un *titolo* alla domanda è pegno di *certezza del diritto,* la quale è l'intima ragione da cui ebbe origine quell'aforisma.

535. Nelle cause *civili*, a mente dell'art. 363 applicabile non meno per le sentenze dei tribunali che per quelle dei pretori, l'esecuzione provvisoria *con o senza cauzione* può essere ordinata quando si tratti:

1° di domanda fondata su titolo autentico, o scrittura privata riconosciuta, o sentenza passata in giudicato;

2° di apposizione o remozione di sigilli, o di compilazione di inventario;

3° di riparazioni urgenti;

4° di sfratto da case od altri immobili tenuti in affittamento o colonìa, quando non vi sia titolo scritto, o il termine sia decorso;

5° di sequestratari, depositari e custodi;

6° di ammissione di fideiussori e loro garanti;

7° di nomina di tutori, curatori ed altri amministratori e di rendimento di conti;

8° di pensioni od assegnamenti provvisionali a titolo d'alimenti;

9° di pericolo nel ritardo.

Digitized by Google

Nelle cause *commerciali* è *sempre* in facoltà del magistrato di dichiarare la sentenza provvisoriamente esecutiva non ostante opposizione od appello, *con cauzione o senza* (art. 409).

Dall'esame di questi testi apparisce che le ragioni determinative della esecutorietà provvisoria, sono tre: 1° la *presunzione del buon diritto del vincitore, preesistente all'inizio della controversia;* essa si riflette nella indicazione del n. 1 dell'art. 363; — 2° la *necessità di una pronta esecuzione*, che è il motivo da cui discendono tutte le altre disposizioni dell'articolo citato; — 3° la *qualità della controversia*, che fa accordare alle cause commerciali un trattamento di preferenza.

536. Intorno a codesto ultimo titolo è giustamente fatta da parecchi scrittori una censura, in quanto sembra poco plausibile il trattare differentemente le cause civili e le commerciali; se la disposizione dell'art. 409 è senza pericoli, giustizia vorrebbe di estenderla anche alle materie civili; se ne racchiude, non doveva essere dettata neppure per le commerciali.

Facendoci ad esaminare in breve l'art. 363, rileviamo anzitutto che la enumerazione di casi ivi contenuta ha carattere *limitativo* e non *dimostrativo*, sicchè non si può per ragioni d'analogia aggiungervi alcun'altra ipotesi non espressamente considerata dalla legge.

Senza dubbio poi, le disposizioni più importanti dell'articolo sono quelle del n. 1 e del n. 9, intorno ai quali infatti la giurisprudenza ha più frequenti occasioni di pronunziarsi.

Il n. 1, sotto il nome di *titolo autentico*, allude a qualunque sorta di atti ricevuti da uffiziali pubblici autorizzati a riceverli (1); e non subisce in questa parte altra eccezione se non quella indicata nell'articolo 1317 del cod. civile, concernente il caso di querela di falso. Sotto il nome di *scrittura privata riconosciuta* si indica ogni forma di riconoscimento e così quello che deriva da autenticazione notarile o da ricognizione giudiziale espressa o tacita, o da verificazione di scrittura regolarmente effettuata. Quanto *alle sentenze passate in giudicato* su cui può essere fondata una domanda, è palese che non intende il codice di accennare a sentenze le quali abbiano già deciso sulla *medesima controversia*, poichè allora la domanda è da respingere colla *exceptio rei judicatae;* ma bensì a quelle che contengono tale giudizio di cui la *esecuzione* sia costituita dallo sviluppo di una nuova domanda. Così, se una sentenza ha *condannato* il soccombente *alla rifusione dei danni*, riservandone *la liquidazione* a separato giudizio, la domanda di liquidazione avrebbe suo fondamento in questo

(1) Ritiensi dai più che la *confessione* fatta in giudizio, nel processo verbale dell'interrogatorio, costituisca un titolo assimilato all'atto autentico.

Digitized by Google

giudicato; — ma se la sentenza avesse soltanto *riservato* al vincitore *di esperire l'azione di risarcimento* in separata sede, non potrà dirsi che la domanda relativa a questo oggetto sia *fondata* dalla detta sentenza, giacchè essa ha lasciato affatto vergine ed inesplorato il tema se esista o no il diritto a risarcimento.

537. Sulla interpretazione del n. 1 dell'art. 363 non sono mancate talune incertezze, le quali vanno tratto tratto ripresentandosi nel fôro. Si è dubitato se possa essere data la clausola provvisionale quando è controverso *il contenuto* del documento su cui si fonda la domanda; prevale la soluzione affermativa, non essendovi serio motivo di distinguere, nè secondo la parola, nè secondo lo spirito della legge. Qualcuno ha pensato che il riconoscimento tacito della scrittura privata, derivante dal fatto della contumacia non autorizzi l'esecuzione provvisoria; ma anche questo dubbio manca di fondamento. Si è inoltre disputato se per *domanda fondata su documento* debbasi intendere soltanto quella con cui si mira ad ottenere l'*esecuzione* della obbligazione in essa contenuta, od anche quella per risoluzione del contratto o per applicazione d'altre conseguenze legali o contrattuali dell'inadempimento. La seconda interpretazione è preferibile, appunto perchè larghissimo e senza ombra di restrizioni è il linguaggio della legge. Infine, si è voluto ricercare quale debba essere la qualità della *correlazione* fra il titolo e la domanda; e si accreditò la formola: doversi la domanda fondare *direttamente, integralmente ed esclusivamente* sul titolo. L'esperienza dimostra però quanto sia feconda di controversie questa moltiplicazione di avverbi di cui neppur uno è scritto nel testo. La domanda deve essere *fondata* sul titolo, senza di che non si verifica l'ipotesi dell'art. 363 n. 1; dunque il titolo deve esserne *fondamento diretto;* giacchè se fosse semplice *argomento di appoggio*, ossia *fondamento indiretto* della domanda, mancherebbe l'ipotesi fatta nella legge. Ma non è poi indispensabile che esso ne sia il fondamento *integrale* e tanto meno l'*esclusivo*. Alla prudenza dei giudici, l'esaminare nei singoli casi se e quanto convenga alla peculiarità delle circostanze la esecuzione provvisoria del giudicato.

538. I nn. 2 a 8 dell'art. 363 che furono copiati dai codici anteriori, non hanno alcuna speciale ragione di opportunità, essendo tutti inclusi nel n. 9 che contempla con vasta comprensione tutti i casi di *pericolo nel ritardo*. Questo comma non esisteva nell'art. 135 del codice francese e si trova per la prima volta nel codice sardo del 1859. Quale sia la natura del *pericolo* che abilita a concedere l'esecuzione provvisoria, la legge non lo precisa ed all'interprete non spetta di porre confini all'apprezzamento del giudice, il quale potrà desumere

Digitized by Google

il pericolo sia dalle condizioni particolari della cosa che forma oggetto della controversia, sia dalle circostanze generali della causa, sia dal *danno* che la sospensione della esecuzione può arrecare, sia dalle condizioni personali dei contendenti, come se vi fossero dubbi sulla solvibilità del debitore, ecc. — Ad ogni modo sarà sempre necessario che il giudice riconosca l'esistenza di un pericolo e ne dia ragioni; non si può ammettere infatti che vi sia caso alcuno in cui considerandosi *insito* nella natura stessa della lite o del provvedimento il pericolo, la sentenza *debba* essere dichiarata provvisoriamente esecutiva senz'altre analisi.

539. È generalmente bene accetta agli scrittori l'enunciazione della massima che la esecuzione forzata d'una sentenza provvisoriamente esecutiva sta a rischio e pericolo di chi vi procede, nel senso che egli sia tenuto, nel caso di revoca o riparazione posteriore della medesima, non soltanto a restituire integralmente quanto ha conseguìto coi relativi accessori (su di che non può cadere discussione), ma ben anco a risarcire i danni d'ogni specie patiti dall'esecutato. Noi crediamo che non si debba accogliere tale principio se non come una eccezione; e con la più scrupolosa cautela nell'esame dei singoli casi; l'egida di una decisione favorevole è bastantemente forte da coprire quella qualunque imprudenza o colpa che sia imputabile normalmente a chi addivenne all'esecuzione, il quale dovrà pertanto rispondere *per colpa* solo in circostanze assai gravi ed affatto straordinarie, e piuttosto in vista di un evidente *abuso* che non per *l'uso* della facoltà concessa dal magistrato e guarentita dalla legge.

540. L'esecuzione provvisoria può essere accordata per le sentenze soggette ad appello od anche ad opposizione; ed ha luogo non ostante l'esercizio di qualunque dei due rimedi, fuori del caso che sia stata limitata ad uno di essi solamente (art. 364). Il legislatore lascia liberi i giudici di accordarla limitatamente o no, secondo la prudenza e le circostanze consigliano. Però essa non si estende mai al pagamento delle spese giudiziali (capov., art. cit.), quantunque la ragione di questo divieto sia poco chiara.

È poi fuori di dubbio che tanto nelle cause civili come nelle commerciali l'esecuzione provvisoria può concedersi per qualsivoglia specie di sentenze, e cioè anche per le incidentali ed interlocutorie, quando il tenore della deliberazione sia suscettivo di esecuzione materiale, mediante atti di procedura ulteriori od altrimenti. I titoli per poterla accordare sono i medesimi che per le sentenze definitive; e il giudice ha facoltà di imporre cauzione. Parimenti può essere pronunziata per le sentenze proferite in sede di esecuzione forzata.

Digitized by Google

541. Quando la parte cui interesserebbe non abbia domandata la esecutorietà provvisoria della sentenza, o quando sulla domanda abbia il giudice omesso di pronunziare, non può in alcuna maniera venire provocato un nuovo responso del giudice stesso sul proposito; ma è facoltativo domandare la detta esecutorietà al giudice d'appello (art. 365 e 483). Il secondo dei testi indicati addita all'uopo la procedura *incidentale;* essa potrà essere seguìta se si tratti di causa formale e se il vincitore si trovi già citato in appello dal soccombente; ma se da parte di costui non siasi ancora appellato, la parola dell'art. 483 vale soltanto a significare che la domanda potrà essere proposta dal vincitore ad *udienza fissa* innanzi il competente magistrato di appello. Lo stesso sistema sarà da seguire se il giudizio è sommario, trovisi pendente o no l'appello del soccombente pel merito quando viene dal vincitore promossa la domanda per la esecuzione provvisoria.

542. L'ordinare che si presti cauzione è giudizio discrezionale del magistrato. Quando la cauzione fu prescritta, non può l'esecuzione aver luogo se non dopo la relativa prestazione.

L'autorità giudiziaria imponendo la cauzione deve precisare la somma della medesima. Quanto al modo di prestarla il più semplice è quello indicato nell'art. 330 e cioè il deposito nella cancelleria della somma di danaro designata nella sentenza, o di rendite sul debito pubblico dello stato al portatore, per un importo che al valore nominale corrisponda alla somma stessa. Se il valore di borsa è inferiore al nominale, la rendita viene valutata d'accordo fra le parti; ove non siano concordi pronunzia il magistrato. È quindi da ritenere che l'obbligato a dar cauzione abbia a citare l'avversario per trovarsi in giorno ed ora determinati avanti il cancelliere; ivi si fa processo verbale del deposito di danaro o di rendita; e insorgendo sulla valutazione della rendita la controversia preindicata, se ne farà menzione, restando sospesa l'efficacia della cauzione; il depositante quindi citerà l'altro a udienza fissa innanzi il tribunale (art. 389 n. 1) per far giudicare sul dissenso.

La cauzione può essere prestata altresì per mezzo di *fideiussore.* Se questo sia riconosciuto idoneo dall'altra parte, o se in caso di dissidio sia ammesso dall'autorità giudiziaria, egli, con atto ricevuto dal cancelliere, dichiara di sottomettersi a tutte le obbligazioni che le circostanze richiedono. L'atto (processo verbale) ha forza esecutiva contro del fideiussore, senza bisogno di sentenza (art. 329). Anche per la presentazione del fideiussore e per far decidere l'eventuale controversia sopra la sua idoneità, si procede in forma analoga a quella detta dianzi.

Digitized by Google

Se il fideiussore, o la parte che deve prestare cauzione abbiano domicilio, residenza o dimora lontano dal luogo del giudizio, può essere delegato alla erezione del processo verbale il cancelliere della pretura dove trovasi il domicilio, la residenza o la dimora; può eziandio essere richiesta l'autorità di quel luogo, per la delegazione del suo cancelliere a norma dell'art. 208 (art. 331).

Nelle materie commerciali la cauzione in danaro, a simiglianza di ogni altro deposito giudiziario di somme, può farsi, sul consenso delle parti interessate, presso qualunque istituto di credito o privato banchiere (art. 878 cod. di comm.).

Nelle cause di competenza del pretore, la cauzione, che non sia data in numerario effettivo, si presenta direttamente ed in contraddittorio al pretore; il quale, se le parti non vanno d'accordo, sentenzia sulla sua ammissibilità. L'atto di cauzione consiste però sempre in un processo verbale ricevuto esclusivamente dal cancelliere (art. 433).

Le regole medesime si osservano, oltre che per le cauzioni relative all'esecuzione provvisoria delle sentenze, anche per quelle d'ogni altra specie che occorrano nei civili giudizi. Ricordiamo quanto fu accennato nel n. 478 rispetto alla cauzione da darsi per poter procedere a sequestro conservativo (articolo 929), aggiungendo che se nel decreto di sequestro non fosse stata riconosciuta l'idoneità del fideiussore o stabilita la valutazione della rendita pubblica, si potrà su di ciò provvedere con decreto suppletivo, non dovendo naturalmente essere in questo caso sentita la controparte.

Sezione III. — *Interesse e capacità delle parti. — Acquiescenza.*

543. Proseguendo a dire le regole generali concernenti i varii rimedi contro le sentenze, è da notare in primo luogo che siccome il loro rispettivo esperimento costituisce uno stadio del giudizio ed una parte integrale del procedimento di dichiarazione, sono ad essi comuni le norme generali che già conosciamo, circa la capacità ad agire e a difendersi e circa l'interesse. Rispetto ai quali punti fondamentali, riportandoci in via di massima alle nozioni esposte nel primo libro (tit. I, cap. IV), segneremo qui brevemente quelle che in ispecialità concernono il nostro tema attuale.

Il diritto di impugnare le sentenze compete soltanto a coloro che furono *parti* nel giudizio a cui le medesime si riferiscono, eccettuata l'opposizione del terzo, per la quale, in ragione del suo uffizio, vige la regola contraria. Soltanto chi fu parte in un giudizio è diffatti ordinariamente in condizione di avere un interesse per reclamare contro la decisione in esso proferita, in quanto questa decisione gli

Digitized by Google

sia dannosa, vale a dire lo costituisca in istato di *soccombenza*. Laonde la nozione dell'interesse a *reclamare* è più ristretta di quella dell'interesse ad *agire*. Chi ha ottenuta piena vittoria nel suo assunto non ha interesse per provocare un novello giudizio. Al tempo stesso però una lieve ponderazione è sufficiente per avvertire come non faccia bisogno di aver subìta una sconfitta completa nella lotta giudiziaria per possedere codesto interesse, ossia per trovarsi in istato di soccombenza. Chi domandando cento ottenne cinquanta, chi propose una istanza principale ed una subordinata e conseguì vittoria sulla seconda soltanto, si trova in istato di parziale soccombenza che gli conferisce interesse ad appellare. Perfino la semplice ripulsa sopra una domanda accessoria, come quella delle spese o della esecuzione provvisoria, è bastante per far sorgere l'interesse al reclamo limitato al punto della parziale soccombenza. È ritenuto eziandio senza contrasto che alla stessa guisa per cui ha interesse a reclamare il contumace, lo ha colui che si è *rimesso alla giustizia* del magistrato, poichè egli si vale del suo diritto quando assume di dimostrare che la sentenza *non fu conforme a giustizia;* sempre a condizione che sia rimasto soccombente in tutto od in parte. E così, nel nostro diritto giudiziario non si ammette che la confessione od il giuramento precludano la via ai reclami, potendosi discutere ancora sulla estensione della prova sull'interpretazione fattane dal giudice, ecc.

È possibile pertanto che l'interesse di cui parliamo sia posseduto da tutte le parti, in diverso senso e in varia proporzione a seconda della rispettiva soccombenza. Vi è però una notevole distinzione da fare tra l'interesse di chi ha formolate conclusioni nel giudizio e quello di chi fu contumace o si astenne da specifiche istanze. Imperocchè nel primo caso l'interesse a reclamare sta in relazione a quella parte delle conclusioni che non venne accolta; nel secondo caso è più ampio; ossia si misura dal pregiudizio qualunque che il soccombente può giustificare di aver ricevuto o di temere pel proprio diritto.

544. Abbiasi inoltre presente che il reclamo deve essere diretto contro chi ha *interesse ad opporsi al medesimo*. Questa regola ha molta importanza nel riguardo della ipotesi che sieno più di due i contendenti e che taluno, benchè vincitore, non lo sia in confronto al reclamante ma bensì ad altra delle parti in causa, di guisa che la sua vittoria non possa recare al reclamante alcun pregiudizio, nè egli dal reclamo possa temere mutazione alcuna allo stato di cose che lo riguarda. Ma per avere interesse ad opporsi ad un reclamo non è sempre necessario che siasi conseguìta vittoria in stretto senso. Così, se l'attore ha veduta respinta la sua domanda per dichiarazione d'incompetenza assoluta fatta d'uffizio dal magistrato ed il convenuto

Digitized by Google

impugna simile decisione, senza dubbio è l'attore interessato a difenderla, comunque a prima vista egli figuri soccombente nella lite.

545. L'interesse a reclamare si *perde* mediante l'accettazione del giudicato impugnabile, o per dirla in una sola parola, mediante la *acquiescenza*. Questa è regola comune eziandio ai terzi in relazione al rimedio straordinario della opposizione di terzo. La acquiescenza, secondo l'ultimo capov. dell'art. 465 del codice può essere *espressa* o *tacita*. Quella espressa, come lo dice il nome, risulta da dichiarazioni che attestino positivamente la volontà di sottomettersi al giudizio quantunque sfavorevole. Quella tacita risulta generalmente da fatti spontanei posti in essere dal soccombente, che siano per l'indole loro incompatibili colla intenzione d'impugnare la sentenza. Onde codesti fatti, in principalità, appartengono alla *esecuzione volontaria* della sentenza. Ma importa che il loro significato non contenga possibilità di equivoco, od in altri termini che ne sia indiscutibile la spontaneità; senza di che mancherebbe alla loro interpretazione quella sicurezza che sola può tranquillare il magistrato nel riconoscerne il valore.

546. Da codesti cenni emerge essere l'acquiescenza un fatto proprio ed esclusivo del soccombente; il vincitore non avendo la facoltà di reclamare non ha neppur quella di rinunziare al reclamo. Essa è pertanto un fatto *unilaterale* ed *autonomo;* vale a dire, produce effetto senza bisogno di adesione del vincitore, che ne raccoglie il vantaggio non in quanto la sua volontà vi concorre, ma per l'autorità della sentenza a lui favorevole. Che se, per le circostanze particolari della lite vi fosse soccombenza parziale di entrambi i contendenti, l'acquiescenza dell'uno non crea obbligo di acquiescenza per l'altro a meno che fra di loro su di ciò espressamente si convenga. Ma allora avremo dinanzi a noi una *transazione* non una semplice accettazione della sentenza. Ne consegue che colui il quale, colla esplicita dichiarazione o col fatto, si è acquetato in modo puro e semplice alla decisione, nella parte che gli è contraria, non può pretendere di revocare ed annullare l'accettazione sua allorquando l'altro per proprio conto la impugni nella parte in cui è a sua volta rimasto soccombente. Nel sostenere questa tesi noi andiamo contro l'opinione prevalente che crediamo si fondi su di un equivoco. Ritiensi infatti che l'acquiescenza contenga sempre in sè la tacita condizione di incontrare, quasi a correspettivo, quella dell'avversario. Ora, la legge non lo dice; anzi il capoverso ultimo dell'art. 465 recita: « L'accettazione espressa o tacita della sentenza *importa rinunzia* al diritto d'impugnarla »; nè altro aggiunge che infirmi il categorico senso del vocabolo *rinunzia*. Per nostro avviso ciò conduce a ritenere che *chi presta acquiescenza* si vincola in modo irrevocabile; ma poichè si

Digitized by Google

tratta di un *fatto volontario*, è ben libero ciascheduno di astenersene; e nello stesso tempo ha diritto, invece di fare acquiescenza, ossia di *rinunziare* per proprio conto al diritto d'impugnativa, di agire più cautamente. E cioè potrà *proporre all'avversario* la reciproca accettazione del giudicato; ma questa non è acquiescenza, nè semplice nè tampoco condizionata; è una *proposta di transazione* che, se accettata, si muterà in valido contratto; se respinta, cadrà nel nulla e non sarà mai stata per un solo istante valida ed operativa come atto di acquiescenza.

547. Abbiamo spiegato altrove (n. 94) come ai gradi di giudizio successivi a quello in cui entra od è entrato il processo, non può farsi preventiva rinunzia senza infrangere il divieto dell'art. 69. La stessa ragione vale per escludere la validità dell'*acquiescenza preventiva* a decisioni non ancora emesse. La stessa parola *accettazione* usata nel testo dell'art. 465 dinota essere tale il pensiero del legislatore; poichè non si *accetta* ciò che è ignoto ma ciò che essendo ben conosciuto potrebbe con libertà uguale di elezione essere da noi *non accettato*.

L'accettazione non ha un effetto identico a quello del passaggio in giudicato della sentenza. Essa infatti non giova a render valide le decisioni che violano discipline d'ordine pubblico; quindi è ammesso che non ostante l'acquiescenza si possa impugnare una sentenza proferita da giudice *incompetente in via assoluta*. È naturale che trattandosi di un atto volontario estenda l'efficacia sua dentro i confini assegnati alla validità del privato consenso; e cade in acconcio riferirci alle considerazioni espresse sotto il precedente n. 528, ripetendo essere un errore il parlare di *accettazione* della sentenza, quando essa passa in giudicato in seguito al silenzio serbato dal soccombente durante il termine utile ad impugnarla.

548. Non possono essere qui istituite analisi più particolareggiate di questo importante istituto processuale. Giova tuttavia ricordare come la notificazione della sentenza non costituisca mai atto di accettazione, quantunque fatta senza riserve; il codice francese invece nella notificazione senza riserva riconosce il valore di una acquiescenza limitata al caso in cui l'altra parte per conto proprio non appelli (art. 443). È più razionale il nostro sistema, avvegnachè la notificazione pone in corso il termine utile per impugnare la sentenza; e questo termine dev'essere per rigore di giustizia comune ad entrambe le parti, come rettamente dispone l'art. 45 (v. n. 77). Devesi anche rilevare che sebbene nell'art. 465 siano considerate ad una stessa stregua l'accettazione espressa e la tacita, vi hanno talune disposizioni particolari che esigono sia prestata in forma esplicita

Digitized by Google

perchè abbia validità; così quella dell'art. 309 relativa alla sentenza che pronunzia sul falso civile (v. n. 410), quella dell'art. 232 riguardante il decorrimento del termine per l'esame testimoniale (v. n. 349), quelle degli art. 469 e 32 che incontreremo più oltre, quella dell'articolo 1372 del codice civile che concerne l'accettazione della formola del giuramento modificata nella sentenza che l'ammette. Tengasi infine presente che per la esecutività di una sentenza rispetto ai terzi, non serve mai l'acquiescenza delle parti, a mente di quanto prescrive l'art. 561 (v. n. 701).

549. Affine all'acquiescenza è la *rinunzia* al reclamo che già sia stato proposto, data in forma puramente spontanea e volontaria. Essa può avere effetto maggiore dell'acquiescenza, giacchè se il reclamo è stato introdotto dopo la notificazione della sentenza e quindi dopo cominciato il decorso del termine pel suo passaggio in giudicato, la rinunzia fa risultare compiuto il termine stesso e così irrevocabilmente consolidata l'autorità della regiudicata.

Anche qui debbesi però distinguere fra la rinunzia pura e semplice, e quella che sia conseguenza di accordo contrattuale fra i litiganti: quest'ultima avrà il carattere di una transazione, non già quello genuino di un atto d'acquiescenza.

Ciascuno intende poi come per prestare acquiescenza in modo obbligatorio convenga possedere la capacità di stare in giudizio; e possederla al momento in cui l'acquiescenza si effettua. Non è necessario avere la piena capacità di *alienare* i diritti o le cose in controversia, come è da qualche scrittore supposto, poichè chi accetta una sentenza non aliena nè cose, nè diritti, ma rinunzia alla *speranza*, che forse non ha, di un giudizio più favorevole in altra sede, rendendo omaggio all'autorità della sentenza che sulla cosa o sul diritto ha pronunziato.

550. Rispetto alla capacità, tanto colui che move il reclamo come quegli contro cui è proposto deggiono possederla nel momento stesso in cui lo si propone. Quindi importa tener conto dei cambiamenti sopraggiunti nello stato delle persone tra uno stadio e l'altro del giudizio. Se il vincitore in prima istanza è stato interdetto prima che il soccombente intraprenda il giudizio d'appello, questo dovrà istituirsi in confronto del suo tutore; se è invece uscito dall'età minore nel detto intervallo, dovrà istituirsi contro di lui personalmente; e così via. Parimenti l'appello dovrà essere proposto dalla persona soccombente, divenuta nell'intervallo maggiorenne, quantunque in primo grado abbia agito il di lui padre o tutore, ecc.

551. In quanto agli enti collettivi, ai corpi morali, alle pubpliche amministrazioni, deve accogliersi come regola generale che i

Digitized by Google

reclami nel loro interesse deggiono venire proposti dall'uffizio o funzionario che li rappresentò nello stadio di giudizio anteriore. E così dicasi per la intimazione dei reclami contro i medesimi diretti. Fu già accennato a questa regola nel n. 41; resta solo da aggiungere che la sua esattezza è dimostrata sia dalla considerazione della unità sostanziale del giudizio nei suoi differenti stadi, sia dalla maggiore e migliore tutela che deriva alla difesa dell'ente morale od amministrativo dal proseguire sotto la medesima direzione, sia infine dalla semplicità che ne acquistano le relazioni colle altre parti litiganti, le quali è giusto che sappiano senza incertezza chi è e dov'è il loro legittimo contraddittore, in ogni stante della controversia (1).

Se il rappresentante dell'ente morale o dell'incapace ebbe bisogno di autorizzazione per sostenere la lite nel grado inferiore, egli si potrà ritenere abilitato in virtù della medesima a proseguire nel suo còmpito giudiziario sia impugnando le sentenze contrarie, sia difendendo le favorevoli contro l'impugnazione degli avversari. E ciò per la ragione che l'autorizzazione datagli riguarda l'effetto a cui tende la controversia, vogliamo dire la difesa del diritto dell'ente rappresentato, con quei mezzi che all'uopo sono consentiti o necessari. Si eccettui naturalmente l'ipotesi in cui il consiglio comunale autorizzando il sindaco, il consiglio di famiglia autorizzando il tutore, ecc., avesse esplicitamente limitato l'effetto della sua deliberazione a determinati gradi o stadi della causa.

Sezione IV. — *Decorrenza e sospensione del termine.*

552. Dalle analisi che abbiamo svolte nella sezione prima intorno alla naturale autorità delle sentenze ed ai termini concessi per impugnarle, dobbiamo ora desumere una conseguenza che avrà bisogno di brevissima dimostrazione.

Il termine per reclamare, abbiamo detto (num. 528), costituisce una finzione della legge, la quale trasferisce ad un momento alquanto lontano il vigore completo dell'autorità posseduta originariamente dalla sentenza come emanazione di un legittimo potere sovrano. Trascorso il termine, senza che il reclamo sia stato introdotto, la finzione sparisce e riprende suo impero il genuino principio razionale. L'autorità della sentenza, ormai *res judicata*, diventa oggetto della

(1) In caso però di cambiamento della persona o dell'uffizio che ha facoltà di agire per l'ente che impugna o contro cui si impugna una sentenza, è il nuovo rappresentante che solo può fare o ricevere l'atto necessario per l'impugnazione.

Digitized by Google

cura suprema del legislatore; il custodirne intatta l'osservanza appartiene alla tutela dell'ordine pubblico.

È quindi pienamente giustificata la concisa ma fondamentale dichiarazione di massima contenuta nell'art. 466: « i termini per impugnare una sentenza *sono perentorii;* la decadenza ha luogo *di diritto* e *deve* essere pronunziata *anche d'uffizio* ».

Il codice francese, omettendo di riconoscere come *dovere* del magistrato il dichiarare la decadenza *anche d'uffizio*, lasciava aperta una sorgente di gravi incertezze. Per guisa che nella dottrina e nella giurisprudenza stette lungamente in lotta colla teoria che considera d'ordine pubblico la guarentigia dei termini per i reclami, quella che pretende di riferirla esclusivamente allo interesse privato dei contendenti. L'opinione più corretta, in conformità della quale si riconosce debito del magistrato pronunziare anche d'uffizio la decadenza dal diritto d'impugnare una sentenza, finì però con prevalere anche in Francia, dove oggi è accolta ed osservata senza discussione. Nelle altre legislazioni straniere domina pure la stessa regola. In Austria, il rigetto del reclamo perchè fuori di termine spetta al giudice *a quo* innanzi al quale esso viene interposto (reg. austr., §§ 468, 507). Così parimenti in Spagna (*ley de enjuciam.*, art. 386, 398).

553. Conseguenza del principio sancito nell'art. 466 è la regola della non prorogabilità dei termini assegnati per ciascheduna specie di reclamo. Quindi, in massima, non è ammissibile riguardo ad essi veruna causa d'interruzione o di sospensione, salvo quelle tassativamente imposte dalla parola del legislatore. Le eccezioni sono pochissime e tutte ben giustificate. Prima di esaminarle è opportuno che vediamo come il termine cominci a decorrere e debba essere computato.

554. Ciascun mezzo d'impugnazione delle sentenze ha assegnazione di termini speciali che enuncieremo nei capi seguenti. Ed anche le regole di decorrenza devono presentare alcune diversità consentanee all'indole dei vari rimedi. Lo vedremo meglio parlando della revocazione, dell'opposizione del terzo, ed in certi limiti anche nel trattare della opposizione alle sentenze contumaciali. Intanto però, in via di regola, e *salve le disposizioni speciali della legge*, l'articolo 467 stabilisce che *il termine decorre dalla notificazione della sentenza.*

Ad evitare equivoci nella intelligenza di siffatta regola è indispensabile premettere che essa non include il divieto di proporre reclamo contro una sentenza prima della notificazione. Alcune legislazioni hanno accolto questo divieto; ma per verità, dato il sistema del nostro codice, esso non riescirebbe plausibile. La parte che vi ha interesse

Digitized by Google

col notificare la sentenza all'avversario, lo pone in grado di averne conoscenza perfetta e con ciò *lo costituisce in mora* ad impugnarla. Con l'atto medesimo l'autore della notificazione si manifesta a sua volta consapevole della decisione e *costituisce in mora se stesso* a reclamarne, in quanto vi abbia interesse. Ma per conoscere la sentenza ed i suoi motivi, per ponderare quindi sulla convenienza d'impugnarla, la notificazione non è indispensabile, potendo ciascheduno leggerla e meditarla nella cancelleria ed averne copia ad ogni richiesta. La notificazione, di cui vedesi pertanto l'utilità all'effetto della *costituzione in mora*, non può essere adunque un precedente *indispensabile* perchè colui il quale intende impugnare una sentenza acquisti la facoltà di proporre il suo reclamo (1).

È piuttosto intorno alle generalità del sistema che pare fondata una seria critica. La sentenza non può passare in giudicato se non dopo notificata. Ora niuna disposizione obbliga una parte a far eseguire la notificazione all'altra più o meno presto. E così nasce questa grave anomalia; che mentre una sentenza può giacere molti anni nell'archivio della cancelleria, nello stato di *color che son sospesi*, d'un tratto poi la notificazione dà moto ad un termine, relativamente brevissimo, trascorso il quale diviene irrevocabile. L'anomalia non consiste nella brevità di questo termine, ma nella indefinita lunghezza del periodo che può precederlo, la quale contrasta stranamente coi principii razionali che più indietro sviluppammo. Il legislatore austriaco aveva accolto un sistema molto migliore, mantenuto nella nuova legge processuale del 1895, e seguìto anche in altri paesi. La sentenza pronunziata si fa conoscere immediatamente alle parti per cura del giudice, a mezzo della cancelleria; indi decorre un termine

(1) Su questo punto vi sono molte disparità nelle legislazioni. Mentre fra noi è indiscutibile il diritto di proporre un reclamo contro la sentenza del giudice, prima della sua notificazione, e in qualunque momento successivo alla pubblicazione della medesima, altri legislatori reputarono di dover provvedere diversamente. Così, per le leggi che dispongono la notificazione d'uffizio della sentenza (sistema austriaco e spagnuolo) non può un reclamo essere introdotto prima che essa abbia avuto luogo. Il codice dell'impero germanico (§ 477) interdice di proporre l'appello prima della notificazione della sentenza; uguale divieto esso stabilisce riguardo al ricorso per revisione (§ 513). Il codice francese (art. 449) dispone che l'appello può essere interposto anche prima della notificazione della sentenza; però, se questa non è provvisoriamente esecutiva, l'appello interposto prima che siano spirati otto giorni dalla data della medesima è irricevibile. Analoga norma conteneva il codice ginevrino redatto dal Bellot (art. 308); attualmente però esso segue il sistema fra noi vigente (art. 343 del codice ginevrino del 1891). Il codice olandese ha copiato letteralmente, nel suo art. 342 il citato articolo 449 del codice francese, che viene osservato anche nel Belgio.

Digitized by Google

comune e brevissimo per poterla impugnare; libero poi il vincitore d'indugiare quanto gli piaccia a promuoverne l'*esecuzione*. Questa è di dominio esclusivo del privato interesse: l'autorità della sentenza appartiene invece principalmente all'ordine pubblico e giova sottrarla il più presto possibile all'arbitrio e particolare dei litiganti.

555. Perchè la notificazione della sentenza sia efficace a far decorrere il termine, deve venir eseguita nei modi ordinati dalla legge, già in precedenza esaminati (n. 449). Giova ricordare anche la disposizione dell'articolo 437 che ammette come equipollente alla notificazione della sentenza del pretore la pubblicazione fattane alla presenza *personale* di *tutti* gli interessati (v. n. 498). Una disposizione speciale troveremo poi nell'articolo 725 relativa alle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione, per le quali la pubblicazione tiene luogo di notificazione ai contumaci.

Se le parti in causa sono più di due, le regole concernenti la notificazione ed i suoi effetti, soggiacciono ad alcune speciali determinazioni. Anzitutto conviene tener separati i casi in cui l'oggetto della controversia sia *indivisibile;* di questi toccheremo più oltre (n. 567 e segg.). Quando l'oggetto è divisibile, la notificazione fatta al soccombente da uno dei vincitori, al quale profitta soltanto *una parte* della condanna, non mette in mora l'intimato a reclamare in confronto degli altri vincitori; e viceversa, se più siano i soccombenti, la notificazione fatta dal vincitore ad uno di essi, non costituisce in mora gli altri. Inoltre è da riflettere che qualora siano più di due le parti in causa, possono fra una e l'altra passare rispettivamente rapporti giudiziari distinti e rappresentanti singole azioni nettamente separate. Così, suppongasi il caso di chiamata in garantìa; la sentenza che condanna il convenuto a favore dell'attore ed il garante a favore del convenuto, notificata al convenuto ed al garante contemporaneamente per cura dell'attore, li costituirà in mora entrambi a reclamare per la condanna principale, avendovi comune interesse; ma non costituisce però in mora il garante verso il convenuto rispetto alla propria condanna di rilievo. Ad ottenersi questo effetto sarà necessario che il convenuto faccia egli a sua volta notificare la sentenza al garante, o che il garante la faccia notificare al convenuto.

556. Il termine comincia a decorrere dalla data della notificazione della sentenza. Si applica la regola dell'art. 43, vale a dire nel numero dei giorni assegnati pel reclamo non si computa quello della notificazione. Ma vi si computa quello della introduzione del reclamo; di guisa che sarebbe fuori di termine e quindi inammissibile il reclamo che venisse proposto, per esempio, nel trentunesimo giorno

Digitized by Google

successivo alla notificazione, quando il termine assegnato sia di giorni trenta.

Data l'ipotesi che sieno più le parti notificate, ciascheduna deve ricevere una distinta copia della sentenza; e se le notificazioni hanno luogo in giorni diversi, il termine decorre (salvi i casi d'indivisibilità e gli altri esaminati nei nn. 571 a 573) rispettivamente per ciascheduno dalla data della notificazione che gli sia stata fatta.

557. Per dire ora dei casi nei quali il termine per reclamare da una sentenza è suscettivo di proroga, noteremo anzitutto che questa non può mai derivare da speciale concessione del giudice, neppure di fronte alle circostanze più gravi e capaci di giustificarla. Il rigore di questa regola è imposto necessariamente dal copulativo esame delle disposizioni contenute nell'art. 466 e nell'art. 46, da cui è esclusa nel modo il più assoluto l'accennata possibilità di proroga. Si deve quindi respingere l'opinione, da alcuni propugnata, che nei casi di *forza maggiore* possa rimanere sospeso il decorso del termine, qualunque sia la natura dell'accidente e quando pure esso abbia carattere di pubblica calamità eccezionalissima ed impreveduta; osservando che in siffatta ipotesi sarà agevole con un provvedimento legislativo *ad hoc* soddisfare i dettami della giustizia. Analogamente è da ritenere (e in ciò la maggioranza dei proceduristi concorda), che la *convenzione delle parti* non valga direttamente od indirettamente a produrre l'effetto della sospensione o della proroga. Infine va respinto l'avviso di qualcuno che pensa poter essere il *dolo* causa legittima di sospensione del termine; contro di che è argomento categorico il considerare che il dolo è stato posto dal legislatore fra i titoli che particolarmente autorizzano a ricorrere per rivocazione (art. 494 n. 1); onde si deve tener fermo il rispetto del criterio interpretativo: *ubi voluit dixit.*

558. In due testi e per due casi distinti si vede ammessa espressamente la sospensione dei termini per reclamare. Una prima volta la troviamo compresa nella regola generale stabilita dall'art. 111, pel cui tenore, ordinata la sospensione delle cause rispetto alle quali debbe aver luogo il regolamento di competenza, rimane impedita la decorrenza di ogni termine di procedura (v. n. 192). Il che non ha bisogno di giustificazione, riuscendo manifesta la necessità di impedire il decorso dei termini quando la lite è sospesa. Il secondo caso di sospensione è scritto nell'art. 468. Esso contempla il caso di *morte della parte soccombente* avvenuta quando il termine abbia già cominciato a decorrere; e dispone che rimanga sospeso sino a che la sentenza venga notificata agli eredi. Neppure di siffatta regola è discutibile la giustizia: la notificazione segna il principio del termine, in quanto somministra la certezza che la sentenza sia conosciuta dalle parti;

Digitized by Google

egli è chiaro che tale certezza vacilla, se non svanisce, rispetto agl eredi chiamati a raccogliere improvvisamente quella universalità d diritti della quale fa parte la lite decisa con sentenza non irrevocabile. Nulla garantisce che di tale sentenza sia dato loro il modo di acquistare cognizione: forse essa fu pubblicata in pretura alla presenza del defunto, forse egli non ha conservata con cura la copia notificatagli, o gli eredi non ne possono avere immediata contezza perchè confusa fra altre carte, o lasciata presso il procuratore, o perchè essi son lontani, ecc. ecc.

559. Il testo in esame contempla il caso solo della morte del *soccombente;* è ai di lui eredi infatti che interessa in via assoluta di sapere con precisione qual è l'ultimo momento utile pel reclamo. Del resto poco importa che la soccombenza sia stata parziale o totale, sovra un punto di contesa principale o su di uno secondario, purchè soccombenza vi sia. Nè occorre che il fatto della morte sia in alcun modo reso noto dagli eredi alla controparte, perchè si ottenga l'effetto della sospensione. L'obbligo di una notificazione di questo genere, non potrebbe essere stabilito a carico degli eredi, se non partendo dalla ipotesi che sia a loro notizia la esistenza del giudicato, il che contrasta colle ragioni della prescritta sospensione.

Nè importa se il defunto aveva egli stesso fatta eseguire la notificazione che iniziò il termine. I suoi eredi si troveranno sempre nella identica possibilità d'ignorare perfino la lite; ed è l'avversario che deve porli in grado di provvedere alla loro difesa. Non si dubita però che se gli eredi curassero essi medesimi una successiva notificazione della sentenza all'avversario, dalla data di questa riprenderebbe corso il termine sospeso.

560. Come si effettua la notificazione agli eredi? L'art. 468 autorizza l'interessato a valersi di una forma eccezionale: e cioè, a far notificare *una sola copia della sentenza* collettivamente a tutti gli eredi, nell'ultimo domicilio o residenza che aveva il defunto, *senza designazione di nomi o di qualità* (salvo quella generica di eredi del *de cujus*). La legge non vuol distinguere fra il caso in cui il creditore ne conosca i nomi od il nome, e quello in cui li ignori; avvertasi tuttavia che se invece di avvalersi della comodità così proffertagli, egli preferisse notificare a ciascun erede nominativamente la sentenza, o la volesse loro notificare in altro luogo, dovrebbe seguire tutte le regole ordinarie.

Ma codesta forma eccezionale ed assai spiccia non è ammessa senza una limitazione; passato il primo anno dall'apertura della successione, cessa la facoltà di usarne. E ciò per la considerazione che dopo questo termine è difficile che la casa dove il defunto ebbe ulti-

Digitized by Google

mamente il domicilio o la residenza, continui ad essere per tutti gli eredi un centro necessario di ritrovo al quale metta capo la direzione degli affari ereditari, sì che con l'accennata notificazione si possa presumere raggiunto lo scopo del legislatore.

Un'ultima osservazione. Quando un termine viene *sospeso*, è solo la parte che mancava a compierlo nel momento della sospensione quella che riprende a decorrere dopo cessata la causa che ne ha impedita la fine. Riflettendo che un litigante può morire alla vigilia della chiusura del termine, ed anche nell'ultimo giorno, di modo che per gli eredi la sospensione avrebbe un risultato quasi irrisorio, il secondo capoverso dell'articolo citato stabilisce che la parte del termine la quale resta a decorrere dopo la sospensione, viene prorogata sino alla metà del termine intiero, se sia inferiore a questa misura.

Sezione V. — *Pluralità d'interessati attivi o passivi.*

561. L'argomento che ora tocchiamo è di grandissima importanza non solo dal punto di vista della pratica, ma anche nei riguardi della teoria, la costruzione della quale forma tuttora l'oggetto di interessanti controversie. Le idee che noi esporremo sono conformi e servono di illustrazione al sistema accolto dal codice, il quale, se non è privo di mende, ci sembra debba essere approvato nei suoi punti fondamentali, siccome ossequente alla logica e adatto alle convenienze della pratica.

562. Ma prima conviene accennare al diritto romano, come quello a cui risalgono in generale i trattatisti e sulla intelligenza del quale, in questo particolare soggetto, pare a noi che domini un certo equivoco.

Il Digesto conserva soltanto un testo di Ulpiano che contempla, relativamente all'appellazione, la duplice ipotesi di più interessati attivi o passivi. È mestieri premettere che nel sistema processuale romano, l'introduzione dell'appello consisteva nella dichiarazione fatta *al giudice da cui la sentenza era stata emanata*, di volerne appellare; bastava che dopo la pronunciazione della sentenza la parte gravata dicesse: *Appello*, perchè il reclamo fosse istituito, salvo poi di presentare al medesimo giudice *a quo* il *libello appellatorio*, ossia un atto formale più completo contenente le indicazioni specifiche della sentenza impugnata, delle parti in causa, del giudice a cui appellavasi, ecc. (L. 1, § 4 e L. 2, Dig., 49, 1). Siccome per altro, la base del giudizio di appello stava nella prima dichiarazione di voler appellare, così non si annetteva molta importanza allo eseguimento di tutte le singole formalità del libello appellatorio, le quali

Digitized by Google

invero non erano più *essenziali* alla esistenza del reclamo. Talchè non si esitò ad ammettere che la mancanza del nome dell'avversario contro il quale appellavasi, non fosse titolo di nullità del libello (L. 3, pr., Dig. *eod. tit.*).

Così stando le cose, Ulpiano proponevasi il caso di *un soccombente* contro *più vincitori*, il quale nel libello avesse indicati soltanto i nomi di alcuni; e chiedevasi se con ciò fosse da intendere omessa l'appellazione contro gli altri. Rispondeva, che *a titolo di equità*, quando unica fosse la controversia rispetto a tutti (*cum una causa sit*), dovesse l'appellazione ritenersi proposta *contro tutti*. Continuando, formolava una ben diversa ipotesi: *più soccombenti* stanno contro *un solo vincitore;* taluni appellano altri no: s'intenderà l'appello profittevole a tutti? Il giureconsulto decideva *negativamente:* « *hi soli appellasse videbuntur quorum nomina libellis sunt comprehensa* » (L. 3, §§ 1 e 2, Dig. *eod tit.*).

Da questi testi si ricavò l'insegnamento che giusta il diritto romano l'appello avesse *effetto reale*, cioè non solo servisse a tutela dell'interesse del reclamante nei limiti della domanda sua, ma investisse sempre tutta la sentenza, nell'interesse o contro l'interesse anche delle parti nella domanda non comprese. Ma vi è in ciò un errore; e le premesse da cui siamo partiti bastano a dimostrarlo. Ulpiano dà due opposte soluzioni, per i due casi di *pluralità di vincitori* e *di pluralità di soccombenti*, laonde sarebbe lecito tutt'al più supporre che egli ammettesse la realità degli effetti dell'appellazione nel primo caso, la personalità nel secondo. Ma di tale diverso trattamento tornerebbe poi difficile chiarire le ragioni. Invece è molto semplice e persuasivo il ritenere che il giureconsulto non siasi proposto verun problema astratto di realtà o personalità degli effetti del reclamo. Nei riguardi del primo caso, tenendo in vista *le forme allora accolte* per la introduzione dell'appello, egli trovò modo di conciliare i dettami dell'equità coll'osservanza della legge; relativamente al secondo caso dovette seguire la legge, lasciando in disparte le larghezze della equità che non sarebbero state con la medesima conciliabili. Il soccombente che ha detto: *appello*, può aver inteso di reclamare contro *tutti* i suoi avversari, massime se unica era la *causa petendi;* quelli fra i soccombenti che non hanno nemmeno detto: *appello*, non deggiono essere ritenuti appellanti non potendosi astringere un cittadino, contro sua voglia, ad agire in giudizio.

Nè si tralasci di rammentare che l'appello, nel diritto romano, secondo la sua genesi ed evoluzione storica, e secondo la sua forma processuale, costituiva piuttosto un dibattito fra il soccombente e il giudice da lui accusato di ingiustizia (vedasi l'istituto *dei libelli*

Digitized by Google

refutatorii) anzi che una prosecuzione della controversia fra i due antagonisti privati. Onde, se da un lato riesce meglio spiegato l'insegnamento surriferito del giureconsulto, dall'altro si intende pure che potesse l'effetto del reclamo essere *reale*, od averne le apparenze, per cagione diretta del suo carattere così diverso da quello che hanno i mezzi odierni di impugnazione delle sentenze.

Dal che deduciamo che il diritto romano non offre alla dottrina moderna un punto di consistenza abbastanza solido e sicuro.

563. Pertanto, è alla logica del diritto che devesi chiedere lume per discernere la retta via.

Contempliamo dapprima l'ipotesi di un soccombente contro più vincitori e distinguiamo secondo che la controversia sia *divisibile* oppure *indivisibile.*

Controversia divisibile. — Tizio e Caio hanno ottenuto contro Mevio la condanna al pagamento di *cento*, vale a dire di *cinquanta per ciascheduno.* La sentenza è una nell'intrinseco, ma in realtà consta di due: una fra Tizio e Mevio, l'altra fra Caio e Mevio. Se il soccombente reclama per la condanna sofferta in confronto ad uno dei vincitori, si può obbligarlo ragionevolmente a reclamare anche contro l'altro? No di certo, poichè la divisibilità dell'oggetto rende divisibile la sentenza e compatibile quindi il suo eseguimento in favore di uno dei vincitori, col reclamo contro l'altro. Era ben fra le cose possibili che il giudice accogliesse la domanda per la parte dovuta a Tizio e la respingesse per quella di Caio; e la stessa possibilità vi sarebbe per l'esito del reclamo che contro la condanna venisse proposto in confronto ad entrambi i vincitori. Onde, secondo la logica e per via di massima, il reclamo, nella ipotesi considerata, deve avere *effetto personale.*

564. Nondimeno siffatta conclusione non deve condurre a conseguenze eccessive. Il soccombente potrebbe aver l'idea di proporre reclamo contro entrambi i vincitori, ma *separatamente*, per iscopo di defatigazione od altro: potrebbe anche essere caduto in una omissione involontaria, proponendolo contro uno solo. Indi la eventualità di *due reclami contro una sola sentenza;* la quale eventualità non può riuscire benevisa al legislatore, nè utile alla causa della giustizia, qualora l'interesse dei due vincitori contro il soccombente *sia comune;* il che non include soltanto l'idea di *unità della controversia*, o di *identità di interesse*, ma quella più larga di *comunanza di mezzi di attacco o di difesa.* Supposta ed ammessa la separazione dei reclami potrebbero aversene due sentenze contrarie fra loro su controversie analoghe, e già una prima volta decise colla scorta di un solo e comune criterio; il che, se materialmente non

Digitized by Google

è incompatibile, lo è dal punto di vista ideologico ed anche da quello morale. Nei giudizi la *verità* che si consegue è sempre *relativa;* ma sta bene che essa si avvicini il più che umanamente è possibile all'*assoluto*, od almeno che si eviti, come meglio al legislatore è dato, di far sentire troppo aspramente la distanza che passa tra il vero relativo e l'assoluto.

Codeste considerazioni suggerirono un temperamento. Data la *pluralità dei vincitori* e la comunanza fra loro dell'*interesse ad opporsi al reclamo*, questo deve essere trattato in confronto di tutti *mediante unico giudizio.* Quindi, se il soccombente ha reclamato contro uno solo dei vincitori, sia egli obbligato ad estendere il ricorso anche contro gli altri che posseggono uguale il detto interesse. È questo il concetto da cui ha vita l'istituto della *integrazione*, regolato nell'articolo 469. Il quale istituto ha pratica applicazione nell'obbligo fatto al giudice (sia dietro istanza di parte, sia anche d'uffizio), di ordinare al reclamante che *integri* il giudizio col farvi intervenire tutti quelli che, essendo stati vincitori, hanno interesse ad opporsi alla domanda di riforma o di annullamento della sentenza. E nel suo risultato materiale esso si risolve in una proroga del termine normale pel reclamo; in fatti, rispetto a coloro che deggiono essere citati a scopo d'integrazione, il termine potrebbe essere ormai scaduto; tuttavia è ammessa l'efficacia del reclamo anche in loro confronto, poichè una volta accolta l'idea dell'integrazione il legislatore non poteva a meno di considerare *virtualmente proposto anche contro di loro* il reclamo fino dal momento in cui lo si propose contro il primo citato.

565. Basta aver detto questo perchè emerga ben definita la condizione a cui la detta proroga di termine va soggetta: occorre, cioè, che per coloro che sono chiamati in via d'integrazione, il termine *non sia già scaduto prima del reclamo interposto.* Più vincitori possono avere fatte eseguire separate notificazioni della sentenza in epoche diverse; e giusta quanto s'è detto al n. 555, ciascuno con la rispettiva notificazione inizia il decorso del termine a proprio favore. Per modo che nei rapporti fra il soccombente ed uno dei vincitori può essersi di già formata la *res judicata*, allorchè il soccombente stesso si trova ancora in tempo per reclamare contro altro vincitore. Dinanzi alla regiudicata svanisce il pericolo che possa separatamente venir proposto un secondo reclamo; pertanto il principio ordinario della *personalità* pura e semplice dell'effetto del reclamo non ha qui bisogno di essere temperato con verun provvedimento.

Per analogia di ragioni, l'integrazione non può nè deve aver luogo, quando il soccombente dichiari *di accettare la sentenza* in confronto a quei vincitori contro i quali non reclama. Anche in questo caso il

Digitized by Google

temuto pericolo è tolto in virtù dell'acquiescenza; e resta libera secondo i dettami della logica giudiziaria, la difesa della lite in confronto di uno solo degli avversari, nel grado superiore di giudizio, come lo permette la naturale scindibilità della condanna.

E l'art. 469 fa cessare invero l'obbligo d'integrare il giudizio, di fronte alla parziale acquiescenza effettivamente prestata. Esso però la vuole *esplicita*, affinchè non vi sia cagione di equivoci presenti o futuri.

566. Le regole sin qui dette si applicano anche al caso di condanna pronunziata a favore di più *concreditori in solido*. Tizio e Caio con vincolo di solidarietà fra loro hanno ottenuto che Mevio sia condannato a pagare *cento*. Ne deriva che ciascheduno può pretendere l'*intera prestazione* (art. 1184 codice civile). Ma non ne deriva che al condannato sia tolto di sostenere che la sua obbligazione, vera e sussistente a favore di Tizio, non ha ragione d'essere a favore di Caio. Quindi, se egli ha lasciata passare in giudicato la sentenza nei propri rapporti col primo e l'ha impugnata in confronto del secondo, non gli si può negare il diritto e l'interesse di sostenere il reclamo. Se al momento in cui la impugna contro Caio non è peranco passata in giudicato in favore di Tizio, dovrà bensì essere ordinata l'integrazione; tuttavia egli potrà evitare di eseguirla, dichiarando che accetta la sentenza nei riguardi del secondo vincitore. La solidarietà fra i vincitori non è d'ostacolo alla *divisione della controversia*. Questo è il vero motivo per cui l'articolo 469 non eccettua dalle regole sin qui esposte altro caso che quello della *indivisibilità* di cui ora parleremo.

567. Controversia indivisibile. — Tizio e Caio, comproprietari d'un fondo, hanno ottenuto che sia dichiarata insussistente una servitù pretesa da Mevio sul loro fondo. La servitù non può *esistere* nei rapporti di Mevio con Tizio se al tempo stesso *non esiste* in quelli con Caio. Laonde il reclamo proposto dal soccombente contro uno dei vincitori non può nemmanco essere esaminato, se non lo si estenda anche in confronto dell'altro. Necessita adunque l'integrazione del giudizio. Ma che si dirà, se questa integrazione è resa impossibile dal fatto che Caio fece notificare la sentenza, e ne ottenne il passaggio in giudicato, prima che Mevio reclamasse contro Tizio? — Che si dirà, se Mevio a favore di Caio ha prestata acquiescenza? — Nell'uno come nell'altro dei casi, il passaggio in giudicato o l'effetto dell'acquiescenza valgono a profitto di entrambi i vincitori; ed il reclamo dovrà essere respinto come inammessibile. È questa la sola risoluzione che pone in armonia il carattere peculiare delle controversie indivisibili colle difficoltà della situazione processuale. Il principio della personalità d'effetti del reclamo non può essere qui invocato,

Digitized by Google

dal momento che il soccombente col fare acquiescenza o col non reclamare in confronto di uno dei vincitori si è preclusa la possibilità di proseguire contro l'altro la controversia.

568. Ma quali saranno le conseguenze della non eseguita integrazione, malgrado l'ordine dato dal giudice di effettuarla?

Nel caso di controversia divisibile, perchè possa discutersi di tali conseguenze è mestieri che non solo sia stata omessa l'integrazione, ma che neppure sia stata dichiarata l'acquiescenza in confronto dei vincitori non chiamati. Ciò verificandosi, il giudice non può *supporre l'acquiescenza*, essendo formale il testo dell'art. 469, capov. primo, nel volerla *esplicita;* ma egli dovrà *respingere nel merito il reclamo.* E ciò per la considerazione che l'art. 469, nel primo alinea, dichiara che essendovi più interessati ad opporsi al reclamo, la domanda di riforma o di annullamento *si deve proporre contro tutti;* il che equivale a dire che *non si può proporre contro alcuni solamente;* ossia, che nel caso di codesta irregolare proposta, non seguìta da integrazione, *deve essere respinta come improponibile.*

Se si tratta di controversia indivisibile, riuscirebbe frustraneo al soccombente, per evitare l'integrazione, di prestare acquiescenza rispetto agli altri vincitori; egli vedrebbe respinto in virtù di questa il reclamo, nella medesima guisa per cui lo vedrebbe respinto quando non adempisse l'ordine di eseguire l'integrazione, essendo nell'un caso come nell'altro divenuto per sua colpa improponibile, giusta il primo alinea dell'art. 469 (1).

569. Veniamo a considerare l'altra ipotesi, quella di *pluralità di soccombenti.*

Anche in questa il principio della personalità d'effetti del reclamo in via di massima, debb'essere accolto, per ragioni analoghe a quelle indicate nel n. 563. Qui pure necessita però distinguere i modi di sua applicazione secondo le varie specie di controversie, quelle cioè in cui i soccombenti abbiano semplice *comunanza d'interessi*, oppure quelle in cui sieno congiunti da vincolo di *solidarietà o d'indivisibilità*, od abbiano interessi *essenzialmente dipendenti.*

Comunanza d'interesse fra più soccombenti. — Più persone possono soccombere nella stessa causa, senza comunanza d'interesse; il che riesce facile a comprendere quando si rifletta che persino l'attore

(1) Non isfugga l'osservazione finale ed importantissima che le regole dettate per l'integrazione temperano il principio della personalità di effetti del reclamo senza però derogare ad esso. Qualora ne costituissero una derogazione, il reclamo dovrebbe valere sempre contro tutti gli interessati ad opporvisi, e non già essere soggetto alle conseguenze qui sopra indicate nel caso di non effettuata integrazione.

Digitized by Google

e il convenuto possono trovarsi in istato di reciproca parziale soccombenza. Affinchè vi sia *comune interesse* occorre adunque che le soccombenze sieno fondate su uguali o consimili ragioni, per modo che la medesima difesa dalla quale trae appoggio il reclamo di uno dei perdenti possa servire all'altro. Così sarebbe del caso di due coeredi condannati a pagare *pro quota* un debito della successione. A rigore di logica nulla impedisce che uno dei coeredi paghi la sua quota e l'altro impugni la sentenza; entrambi agiscono secondo il loro diritto. Ed è anche manifesto che non potrebbe venir giustificato facilmente un precetto di legge che li obbligasse a reclamare congiuntamente, sotto comminatoria di decadenza dal rispettivo individuale diritto di difesa. Pur tuttavia non si può negare che sia desiderabile di mantenere l'unità del giudizio anche negli stadi di impugnazione delle sentenze. Per ottenere possibilmente siffatta unità, fu introdotto l'istituto della *adesione* il quale in ciò si differenzia dalla *integrazione*, che non riveste il carattere obbligatorio a questa inerente e non lo accompagna alcuna delle sanzioni già esaminate.

L'art. 470 dispone semplicemente che la domanda di riforma o di annullamento proposta da una delle parti interessate ad impugnare la sentenza, giova anche alle altre per i capi nei quali hanno comune l'interesse, purchè intervengano nel giudizio e facciano adesione, nei modi e termini partitamente stabiliti rispetto ad ogni singola specie di reclamo.

570. Condizioni imprescindibili per giovarsi dell'*adesione* sono pertanto queste due: comunanza d'interesse (della quale abbiamo parlato nel numero precedente), che può essere anche parziale; intervento nel giudizio in un termine assegnato dalla legge.

Chi non aderisce al reclamo del suo socio in soccombenza perde il diritto di reclamare? La legge non lo dichiara e la logica non permette di sostenere una simile tesi. L'utilità generica dell'istituto consiste adunque segnatamente nell'alleanza tra le forze dei soccombenti, che può compiersi sotto la sua protezione. Ma un altro vantaggio senza dubbio maggiore è quello costituito dalla proroga di termine che in alcune eventualità si consegue a favore degli aderenti. Può infatti verificarsi: 1° che allorquando uno dei soccombenti impugna la sentenza essa sia già passata in giudicato per gli altri; 2° che in quel momento sia ancora in vita il termine utile per loro a reclamare, ma non ne approfittino in tempo; 3° che il termine non sia per essi neppure cominciato a decorrere. Nella prima ipotesi, dell'adesione non è a far parola. Se già per loro è passata in giudicato la sentenza ne deggiono subire le conseguenze, giusta il principio generale della personalità d'effetti del reclamo. Nella seconda ipotesi invece, si verifica per gli

Digitized by Google

aderenti l'accennato vantaggio della proroga, ossia a dire, il termine pel loro reclamo non finisce più al compiersi del periodo iniziato colla notificazione della sentenza, ma si avvantaggia di quel maggiore tempo che la legge accorda per l'adesione. Ed in questo caso pertanto il loro reclamo si reputa virtualmente proposto fino dall'istante in cui lo istituì il più diligente consorte in soccombenza. Quanto alla terza ipotesi, essa lascia liberi affatto di valersi dell'adesione o di riservare l'esercizio autonomo del proprio diritto d'impugnare la sentenza, non porgendo nell'adesione altro vantaggio se non quello del collegamento di forze dei cointeressati.

La sintesi del concetto di questo istituto sta pertanto nelle prime parole dell'art. 470: *La domanda di riforma o di annullamento proposta da una delle parti, giova alle altre che hanno interesse comune.* È la *domanda* che *giova*, sempre che gli altri soccombenti *la facciano propria* mercè l'adesione. Il che rimane assolutamente facoltativo. E siccome ciascuna adesione è in sostanza *una domanda individuale di riforma o di annullamento*, così possiamo dire che il principio della personalità non riceve da questo istituto neppure l'apparenza della derogazione.

571. Solidarietà, indivisibilità, essenziale dipendenza di interesse fra i soccombenti. — Il mezzo dell'adesione, appunto perchè rispetta strettamente il principio della personalità, non basta da solo. Conveniva aggiungervi un *vero temperamento*, per quei casi nei quali l'indole della controversia opponesi alla rigidità del detto principio, che sono appunto i tre ora designati, ciascuno dei quali richiede una breve analisi.

Solidarietà. — Se la solidarietà fra i vincitori non è d'ostacolo alla divisione della controversia (n. 566), lo è invece quella fra i soccombenti, sieno essi creditori o debitori. E ciò per la regola di diritto civile universalmente ammessa, che il vincolo solidale dà origine ad un reciproco mandato tacito e permanente *in utilibus*, vale a dire in tutto ciò che uno dei creditori o debitori in solido opera a tutela del diritto comune o per la liberazione dal vincolo comune. Il quale principio riceve eccezione soltanto nel caso in cui il concreditore o condebitore solidario si avvalga di ragioni a lui esclusivamente personali (v. art. 1193 codice civile). Nel dettare le regole della procedura, non potevasi negare rispetto a queste massime di diritto statuente. Pertanto, nel caso di solidarietà fra soccombenti era pur indispensabile riconoscere *proposto nell'interesse di tutti* il reclamo di un solo, quando abbia ottenuto *effetto utile*, nè poteva bastare, a tutela della speciale condizione qui emergente, la *facoltà* lasciata ai consorti in lite di prestare adesione.

Digitized by Google

Indivisibilità. — Ugualmente dicasi rispetto al caso di indivisibilità. Sia che questa derivi dalla *natura* del vincolo giuridico (fra i creditori o i debitori) o dal *modo convenzionale* in cui fu considerato (art. 1202 cod. civ.), discende sempre da essa come costante risultato che l'obbligazione non può sussistere a carico di un debitore se non sussiste a carico di tutti, od a favore di un creditore se non è a favore di tutti. Dal che consegue ancora che i soccombenti in una controversia su cosa indivisibile, attori o convenuti, si trovano, per necessità di cose e non per finzione di legge, rappresentati da quello di loro che mediante il reclamo riesca ad ottenere la più favorevole risoluzione del litigio, sia poi che intervengano ed aderiscano, sia che si astengano dall'adesione. Qui del pari una sola eccezione può essere ammessa, ed è riferibile al caso in cui il reclamante agisca in virtù di motivi *a lui esclusivamente personali;* eccezione che si può verificare in tema d'indivisibilità contrattuale soltanto, ma che pur deve essere tenuta in considerazione.

Dipendenza essenziale d'interesse. — Questa configurazione giuridica si ha nei casi in cui fra l'interesse di chi reclama e quello del consorte in soccombenza che non ha reclamato siavi tal vincolo per cui la sorte definitiva della controversia rispetto al primo determini e trascini inevitabilmente quella concernente il secondo, quando il reclamo ottenga buon risultato. Così se il debitore principale appella dalla sentenza che condannò lui e il fideiussore ed ottiene che sia riconosciuta l'insussistenza dell'obbligazione, sarà egli concepibile che il fideiussore rimanga tenuto ad adempiere la condanna, se non reclamò o non aderì in tempo utile? Evidentemente no. E lo stesso è a dire del rapporto fra il garantito ed il garante, fra il cessionario ed il cedente. In questi casi, come nei due precedentemente esaminati, la *facoltà* di aderire al reclamo non presentavasi sufficiente al particolare bisogno delle circostanze.

572. Riflettendo alle tre ipotesi sin qui analizzate, appare perspicuo come la vittoria del reclamante gioverà necessariamente agli altri, sia pel tacito mandato *in utilibus* inerente alla solidarietà, sia per la inscindibilità della controversia in materia indivisibile, sia per l'effetto della essenziale dipendenza d'interesse. Si può ben dire che il reclamante *non ha rappresentato nel giudizio solamente sè stesso*, ma agì anche per coloro che avevano con lui uno dei vincoli menzionati: cosicchè essi pure erano in causa, *e non avevano quindi bisogno di far adesione per giovarsi della domanda di riforma o di annullamento.* Onde la riforma o l'annullamento ottenuti dal reclamante profittano immediatamente *anche ai non reclamanti e non aderenti*, salvo le eccezioni notate nel numero precedente, rispetto

Digitized by Google

ai casi di solidarietà od indivisibilità, quando il reclamo si fondi su motivi esclusivamente personali.

Questa compartecipazione alla vittoria del consorte reclamante, in ciascheduna delle tre situazioni analizzate, trovasi per l'appunto sancita dall'articolo 471. Il quale tempera per tal guisa, nel modo più efficace, le difficoltà che emergerebbero dalla nuda applicazione dell'effetto personale del reclamo, senza però che obliteri o disconosca il principio scientifico concernente questo effetto. Giacchè invero se la disposizione dell'art. 471 trae ragione dal concetto che i non reclamanti si trovarono *rappresentati* dal reclamante, bisogna convenire che essa esclude con ciò ed apertamente contraddice il principio erroneo della *realità* di effetti del reclamo (1).

573. Dalle disposizioni dell'art. 471 possiamo trarre la dimostrazione della esattezza della regola esposta nel n. 77, relativamente al caso di notificazione d'un medesimo atto a più persone, sotto date diverse. Diffatti la sentenza non passa in giudicato rispetto ai soccombenti in solido, o vincolati da indivisibilità di diritto o di obbligazione, od aventi dipendenza essenziale d'interesse, ai quali sia stata notificata in epoche diverse, se non quando è compiuto il termine dall'ultima notificazione, potendo sempre l'ultimo notificato proporre reclamo ed ottenerne un effetto favorevole che si comunicherà *ipso jure* ai suoi consorti in soccombenza, sotto le condizioni che sono state indicate di sopra.

---

(1) La dottrina della realità degli effetti dei mezzi di reclamo proposto contro le sentenze, fu con grande vivacità di polemica e con molta acutezza di ragionamenti difesa dal PESCATORE (*Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. II, cap. XXXI) cui aderirono completamente il MATTIROLO ed altri. Il Pescatore muove al legislatore aspra censura e perfino accusa di contraddizione, pel sistema compendiato negli articoli 469, 470 e 471, che noi abbiamo qui cercato di spiegare e giustificare.

FINE DEL VOLUME PRIMO.

Digitized by Google

INDICE DEL VOLUME PRIMO

PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE . . . . . *Pag.* 5

LIBRO PRIMO

Principii generali e competenza.

TITOLO I.

Principii generali . . . . . „ 7

CAPO I. La giustizia civile (1-5) . . . . . „ „
„ II. Notizie intorno al codice di procedura civile (6-11) . „ 10
„ III. Azioni ed eccezioni. — I fattori del giudizio civile e la giurisdizione (12-34) . . . . . „ 14
„ IV. Interesse e capacità di agire (35-45) . . . . . „ 31
„ V. Degli atti e provvedimenti giudiziari in generale (46-62) „ 39
„ VI. Garanzie degli atti di procedura. Forme e termini (63-78) „ 49

TITOLO II.

Della competenza . . . . . „ 61

CAPO I. Nozioni preliminari (79-86) . . . . . „ „
„ II. Competenza assoluta e relativa. — Regole generali (87-101) . . . . . „ 68
„ III. Competenza per valore (102-131) . . . . . „ 77
„ IV. Competenza per materia (132-152). . . . . „ 102
„ V. Competenza per territorio (153-168) . . . . . „ 119
„ VI. Litispendenza, connessione o continenza di lite (169-183) „ 131
„ VII. Competenza delle autorità giudiziarie italiane sopra gli stranieri (184-189) . . . . . „ 145
„ VIII. Regolamento di competenza. — Conflitti di giurisdizione e conflitti di attribuzioni . . . . . „ 149
Sezione I. Regolamento di competenza e conflitti di giurisdizione (190-197 *ter*) . . . . . „ „
„ *II.* Conflitti di attribuzioni (198-201 *bis*) . „ 156

Digitized by Google

LIBRO SECONDO

Procedimento di dichiarazione.

PREMESSA (202) . . . . . *Pag.* 167

TITOLO I.

La citazione . . . . . „ 168
CAPO I. Forme ed effetti della citazione (203-229) . . . . . „ „
„ II. Termini per comparire (230-239) . . . . . „ 185

TITOLO II.

Il procedimento formale . . . . . „ 192
CAPO I. Cenni preliminari (240-243) . . . . . „ „
„ II. Costituzione delle parti e discussione scritta (244-259) „ 196
„ III. Discussione orale (260-269) . . . . . „ 208
„ IV. Istruttoria del giudizio . . . . . „ 215
Sezione I. Degli incidenti in generale (270-288) . . „ „
„ *II.* Incompetenza e nullità di atti (289-298) „ 227
„ *III.* Chiamata in garantìa ed intervento in causa „ 231
§ 1. Generalità (299-300) . . . . . „ „
§ 2. Chiamata in garantìa (301-308) . „ 232
§ 3. Intervento in causa (309-316) . . „ 236
„ *IV.* Prove orali . . . . . „ 240
§ 1. Regole comuni alle varie specie di prove (317-330) . . . . . „ „
§ 2. Interrogatorio (331-335) . . . . „ 248
§ 3. Giuramento (336-343) . . . . . „ 252
§ 4. Prova testimoniale . . . . . „ 257
Art. I. Forma ordinaria (344-361) „ „
„ II. Esame a futura memoria (362-366) . . . . . „ 268
§ 5. Perizia (367-377 *bis*) . . . . . „ 270
§ 6. Accesso giudiziale (378-381) . . „ 276
„ *V.* Controversie sul valore giuridico formale di prove precostituite . . . . „ 278
§ 1. Verificazione delle scritture private (382-393) . . . . . „ „
§ 2. Querela di falso (394-413) . . . „ 285
§ 3. Rendimento di conti (414-419) . „ 297

Digitized by Google

TITOLO III.

Procedimento sommario in materia civile (420-427) . . . . . *Pag.* 301

TITOLO IV.

Procedimento davanti i tribunali nelle cause commerciali (428-433) . . „ 307

TITOLO V.

Formazione e notificazione delle sentenze dei tribunali (434-449) . . . „ 311

TITOLO VI.

Spese giudiziali (450-458) . . . . . „ 322

TITOLO VII.

Contumacia (459-470) . . . . . „ 330

TITOLO VIII.

Provvedimenti di custodia e conservazione (sequestri) (471-485) . . . „ 339

TITOLO IX.

Procedimenti davanti ai pretori . . . . . „ 347

CAPO I. Procedimento ordinario (486-500) . . . . . „ „

„ II. Azioni possessorie e di nunciazione (501-513) . . . . „ 353

TITOLO X.

Procedimenti davanti ai conciliatori . . . . . „ 363

CAPO I. Procedimento contenzioso (514-519) . . . . . „ „

„ II. Conciliazione (520-525) . . . . . „ 370

TITOLO XI.

Mezzi per impugnare le sentenze . . . . . „ 374

CAPO I. Regole generali . . . . . „ „

Sezione I. Nozioni preliminari — Autorità ed esecutività della sentenza (526-532) . . . . . „ „

„ *II.* Esecuzione provvisoria e cauzioni (533-542) „ 384

„ *III.* Interesse e capacità delle parti — Acquiescenza (543-551) . . . . . „ 390

„ *IV.* Decorrenza e sospensione del termine (552 a 560) . . . . . „ 395

„ *V.* Pluralità d'interessati attivi o passivi (561 a 573) . . . . . „ 401

Digitized by Google

Digitized by Google

ERRATA-CORRIGE

Pag. 12, linea 32, *leggasi:* legge sul debito pubblico 10 luglio 1861 e suo regolamento 8 ottobre 1870.

„ 29, linee 10-11, *in luogo di:* deliberazioni definitive, *leggasi:* sentenze.

„ 109, linea 39, *leggasi:* sulle imposte dirette ed indirette.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google